

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

I. Aufsichtsmaßnahmen und Aufbaumaßnahmen

Der nachfolgende Abschnitt dieser Arbeit dient dazu, die Entwicklungen der Rechtsstaatlichkeitskrise in den Mitgliedstaaten darzustellen. Die europäische Rechtsstaatlichkeitskrise ist von immenser Komplexität, die sich nur mittels drastischer Reduzierung des berücksichtigten Materials und mittels vereinfachender Strukturierung der Entwicklungen in den Griff bekommen lässt, und zwar selbst dann, wenn man den zuvor erarbeiteten Begriff des systemischen Defizits zugrunde legt. Die Rechtsstaatlichkeitskrise ist häufig ein *fuzzy set* an Entwicklungen.

Trotz der Komplexität der Krise ist es möglich, eine gute Übersicht zu behalten, wenn man sich ihren Aufbau als drei konzentrische „Problemkreise“ denkt:³⁴⁵ im ersten, innersten Kreis, befinden sich Mitgliedstaaten der Union, die von „echten“ systemischen Defiziten des Subtyps der *vorwärtigen Unterwanderung der Rechtsstaatlichkeit durch staatliche Stellen* betroffen sind. Das sind, nach nahezu einhelliger Auffassung, *Ungarn* und *Polen*. Sie sind Archetypen dieses Subtyps und als solche sind sie Gegenstand einer Vielzahl der hier interessierenden Verfassungsaufsichtsverfahren gewesen, darunter zahlreicher Vertragsverletzungsverfahren, von zwei Verfahren nach Art. 7 EUV und zahlloser Reaktionen in Parlament, Rat und Kommission. Sie sind daher hier auch zuerst zu behandeln. Es wird sich zeigen, dass auch Rumänien diesem Problemkreis zugeordnet werden kann.

In einem zweiten Kreis sind Mitgliedstaaten, darunter etwa Griechenland, aber auch Bulgarien und Italien, anzusiedeln, die nach vielfacher Literaturauffassung vorrangig durch staatliche Schwäche Defizite aufweisen.

In einem dritten Kreis befinden sich *scheinbare* Beispiele eines Defizits, also Mitgliedstaaten, für die fälschlich ein Defizit angenommen worden ist oder wird. Zu nennen sind neben Spanien auch die Slowakei oder Slowenien, darüber auch Frankreich, welches durch die damalige Justizkommis-

345 Dass derartige, zumal graphische, Figuren gut geeignet sind, komplexe Rechtsfragen im Umfeld des Art. 2 EUV zu lösen, zeigen bereits Frank Schorkopf, Homogenität in der Europäischen Union, S. 43; ähnlich Luke Dimitrios Spieker, „Breathing Life into the Union’s Common Values“, S. 1206, 1211.

sarin Reding mit der Krise in Verbindung gebracht wurde. Die Gründe für die Vermutungen, die durch Praxis und Rechtswissenschaft erhoben worden sind, sind sehr unterschiedlich und können von anfänglichen konzeptuellen Unschärfen bis hin zu politischen Agenden der Verwender reichen.

Nur diejenigen Entwicklungen, die ich hier als vorsätzliche Unterwandlungsvorgänge des Rechtsstaatsprinzips durch Mitgliedstaaten bezeichne, interessieren im Rahmen dieser Arbeit. Das hängt mit dem zu untersuchenden Rechtsregime zusammen, das als Aufsicht zu begreifen ist. Derartige Aufsichtsmaßnahmen der Union sind zum einen grds. kurzfristig und zum anderen darauf ausgerichtet, auf der obersten politischen Ebene und häufig zumindest am Anfang gegen den Willen der nationalen Regierungen zu bestehen.

Gegenüber Mitgliedstaaten, die nicht derartigen Vorsatz, sondern systemische Schwächen aufweisen, kommt ein Rechtsregime einer ganz anderen Logik zur Anwendung. *Ioannidis* hat sie, wie bereits erwähnt, herausgearbeitet und dabei insbesondere ihren Charakter im Rahmen der makroökonomischen Aufsicht betont.³⁴⁶ Einprägsamstes Instrumentarium und Akteur gegenüber derartigen Mitgliedstaaten ist der *Structural Reform Support Service* (SRSS), der im Wesentlichen der Nachfolger der in der Finanzkrise geschaffenen *Task Force for Greece* (TFGR)³⁴⁷ ist, welche durch ihn ersetzt wird und deren Wirksamkeit der SRSS begutachtete.³⁴⁸ Seit Januar 2020 firmiert der SRSS als „Unterstützungsdienst für Strukturreform (DG REFORM)“.³⁴⁹

Der SRSS, nunmehr DG REFORM, hat zur Aufgabe, das sog. SRSP (Structural Reform Support Programme) umzusetzen. Das SRSP wiederum ist ein weitgefächertes und mit finanzieller Unterstützung verknüpftes Hilfsprogramm, bei dem die Europäische Kommission koordinierend

346 Bereits Michael Ioannidis, „EU Financial Assistance Conditionality after ‚Two Pack‘“, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 74 (2014), S. 61-104, 69 ff.

347 Ausführlich zu ihrer Tätigkeit Sebastian Weinzierl, „Die EU Task-Force für Griechenland: Internationale Beratung am Beispiel der griechischen Steuerverwaltung“, in: Ulf-Dieter Klemm & Wolfgang Schultheiß (Hrsg.), Die Krise in Griechenland: Ursprünge, Verlauf, Folgen, Campus , Frankfurt/New York, 2015, S. 448-459.

348 Vgl. die „Evaluation Roadmap“ des SRSS, Ares(2017)5585177 vom 15.11.2017. Ausweislich des Dokuments soll die Evaluierung zum 4. Quartal 2018 abgeschlossen sein.

349 https://ec.europa.eu/info/departments/structural-reform-support_en.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

Experten in die Verwaltung des um Unterstützung nachsuchenden Mitgliedstaats entsendet; die entsandten Experten wiederum können, neben unionalen Stellen, aus nationalen Verwaltungen oder auch internationalen Organisationen kommen.³⁵⁰ Es kann grundsätzlich alle seit langem defizitären Bereiche staatlicher Verwaltung, wie ineffiziente Strukturen oder mangelndes Wissen, betreffen. Seine Grundlage ist eine Verordnung aus dem Jahr 2017,³⁵¹ sie ist allerdings bereits 2015 durch die Kommission in den Rechtsetzungsprozess eingebbracht worden, sodass 2015 häufig als Entstehungsjahr des SRSS genannt wird.³⁵² Die SRSP-Verordnung stützt sich auf Art. 9 und 11 AEUV sowie Art. 120 und 121 AEUV. Erstere sind zwei sog. „Querschnittsklauseln“, d.h. zwei zielvorgebende, zugleich alles Handeln der Union leitende Vorschriften. Letztere sind Vorgaben betreffend die grundlegende Ausgestaltung der Wirtschaftspolitik der Union.

Interessanterweise schafft die SRSP-Verordnung selbst explizit keinen ausführenden Dienst für das Programm. Man wird in seiner Einrichtung eine aus der Formulierung des SRSP zwangsläufig folgende Annexkompetenz der Kommission sehen müssen.³⁵³ Über die Bündelung von Expertise innerhalb der Kommission kann der Kommissionspräsident bzw. die Kommissionspräsidentin gem. Art. 17 Abs. 6 lit. b) EUV i. V. m. Art. 248 AEUV grundsätzlich frei entscheiden. Die Einrichtung von Dienststellen erfolgt dabei durch Mehrheitsbeschluss im Kollegium.³⁵⁴ Bis zu seiner Aufwertung 2020 zu einer eigenen Generaldirektion war der SRSS indes kein sog. „gleichgestellter Dienst“ i.S.v. Art. 21 UAbs. 2 der Geschäftsordnung

350 Vgl. unter https://ec.europa.eu/info/departments/structural-reform-support_en#responsibilities.

351 Verordnung (EU) 2017/825 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 über die Auflegung des Programms zur Unterstützung von Strukturreformen für den Zeitraum 2017-2020 und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1303/2013 und (EU) Nr. 1305/2013, ABl. (EU) L 129/1 vom 19.5.2017.

352 Vgl. Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Programm zur Unterstützung von Strukturreformen für den Zeitraum 2017-2020 und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1303/2013 und (EU) Nr. 1305/2013, COM(2015) 701 final vom 26.11.2015. Zum entsprechenden Entstehungsdatum „Juli 2015“ etwa https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/srss-information-brochure_en.pdf.

353 In diesem Sinne verstehe ich die Pressemitteilung der Kommission, „Griechenlandkrise: Unterzeichnung des dreijährigen ESM-Stabilitätshilfeprogramms für Griechenland“ vom 20.08.2015, abgedr. in EuZW 2015, 652, a.E.

354 Vgl. Bernd Martenczuk, Art. 17 EUV, in: in: Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf & Martin Nettesheim (Begr./Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, C.H. Beck, München, 68. EL Dezember 2019, Rn. 95.

der Kommission, sondern organisationsrechtlich dem Generalsekretariat unterstellt.³⁵⁵

Insgesamt führt das SRSP nicht vorrangig zum Aufsichtsdurchgriff seitens der Union gegenüber den Mitgliedstaaten, sondern dient dem Kapazitätsaufbau. Es entsendet insbesondere Beamte anderer Mitgliedstaaten, die gemeinsam mit nationalen Kollegen mit der Durchführung mitgliedstaatsinterner Hoheitsbefugnisse beauftragt werden.³⁵⁶ Die Tätigkeit des SRSS und die Existenz des SRSP ist folglich, ungeachtet seiner Qualität auch eines Aufsichtsmechanismus, vorrangig ein Sonderfall des *post-akzessorischen* (nach dem Beitritt erfolgenden) *state-building* innerhalb der Union, die die Union vor langwierige Herausforderungen stellen wird. Eindrückliche Schilderungen aus der Praxis stützen diese Beobachtung. So hat *Sebastian Weinzierl* (noch zur TFGR) festgehalten, die seitens der Union geleistete Unterstützung müsse „[s]trukturelle[n] Verwaltungsdefizite[n] als dauerndes Hindernis“ begegnen.³⁵⁷ Sein Ausblick auf die Entwicklung, speziell zu Griechenland, stimmt nachdenklich, selbst wenn dort nur bzw. gerade auf die Finanzverwaltung Bezug genommen wird.

„Allen Beteiligten muss klar sein, dass noch ein sehr weiter, schwieriger Weg vor Griechenlands [...] Verwaltung liegt, die entwicklungsbedingt in den letzten drei Jahrzehnten weit hinter den Standard zurückgefallen ist, den die Bevölkerung Griechenlands, aber auch die Partner Griechenlands erwarten und auch einfordern dürfen“.³⁵⁸

Für die vorliegende Arbeit lautet die Konsequenz aus diesen Schilderungen, sich der Parallelen systemischer Schwächen zu den hier interessierenden, vorsätzlichen, Entwicklungen bewusst zu sein, sie aber aufgrund

355 Vgl. Europäische Kommission, Annual Activities Report 2016: Annexes: Structural Reform Support Service - SRSS, Ares(2017)1709495 - 30/03/2017, S. 2 und 29.

356 Ein Programm des SRSS in Griechenland beinhaltete etwa die „Optimierung der Mittelverwendung“ und die „Identifizierung von Fällen der Steuervermeidung“. Das impliziert ein über das bloße Consulting hinausgehendes, mit der aktiven Berichtigung mitgliedstaatlicher Maßnahmen beauftragtes Vorgehen der entsandten Experten einschließlich umfassender Einsicht und Bearbeitung von Akten, vgl. Europäische Kommission, „Modernising tax audits in Greece for the national Revenue Authority“, ohne Az. oder Datum, abrufbar über: https://ec.europa.eu/info/examples-reform-support_en#governance-and-public-administration.

357 Sebastian Weinzierl, „Die EU Task-Force für Griechenland“, S. 451.

358 Sebastian Weinzierl, „Die EU Task-Force für Griechenland“, S. 458.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

ihrer eigenständigen Entwicklung aus der weiteren Betrachtung auszuklammern.

II. Topische Argumentationsweise zur Sichtung und Klärung des Materials

Selbst bei Eingrenzung der Sichtung der Rechtsstaatlichkeitskrise durch die Fokussierung auf vorsätzliche Vorgänge bleibt die Materialfülle enorm. Legte man an die Aufarbeitung der polnischen Krise denselben akribischen Maßstab wie die Praxis, so zeigt sich, dass sowohl die facettenreiche akademische Aufarbeitung³⁵⁹ als auch das Primärquellenmaterial in einem Maße umfangreich geworden sind, dass es den Forscher wie den Praktiker nicht nur ob seiner Technizität und Kleingliedrigkeit ermüdet, sondern geradezu erschlägt. Das ist ein wesentlicher Unterschied insbesondere zur Krise in Österreich im Jahr 2000, bei der die Darstellung, trotz zahlreicher Entwicklungsstufen, auf einen übersichtlichen und abgeschlossenen Zeitraum und Quellenkorpus gestützt werden konnte.

Exemplarisch zeigt sich das für Polen. Seit Ende 2015 befindet sich Polen in einer durch die amtierende Regierung und ihre Mehrheit im polnischen Parlament, dem Sejm, hervorgerufenen, schweren Staats- oder Verfassungskrise.³⁶⁰ Die Vorgänge in Polen können im Sinne *Sanford Levinson* und *Jack Balkins* als „a turning point in the health and history of a constitutional order“³⁶¹ bezeichnet werden. Zwischen dem Ursprung

359 Vgl. nochmals, Wojciech Sadurski, Poland's Constitutional Breakdown; Klaus Bachmann, Der Bruch; weiter, zu einzelnen Aspekten exemplarisch Agnieszka Kublik, „Auf Linie gebracht: Polens öffentlich-rechtlicher Rundfunk unter PiS-Kuratel“, in: Osteuropa 66 (2016), S. 153-159; Kai-Olaf Lang, „Zwischen Rückbesinnung und Erneuerung: Polens PiS und Ungarns Fidesz im Vergleich“, in: Osteuropa 66 (2016), S. 61-78; Kamil Marcinkiewicz, „Der politische Rechtsruck in Polen: Analyse von Ursachen und außenpolitischen Konsequenzen“, in: Zeitschrift für Außen- und Sicherheitspolitik 9 (2016), S. 463-476; Michael Minkenberg, The Radical Right in Eastern Europe: Democracy under Siege?, Palgrave Macmillan, New York, 2017; zu den gesellschaftspolitischen Hintergründen und Geschichte gerade im Hinblick auf die Frage der Religion Brian Porter-Szűcs, Faith and Fatherland, für die hiesigen Zwecke insb. ab S. 392.

360 Der Begriff der Staatskrise hat in deutschen Medien einhellig Verwendung gefunden vgl. etwa Florian Hassel, „Schwere Staatskrise in Polen“, Süddeutsche Zeitung vom 09.03.2016; zum Begriff der Verfassungskrise in den englischsprachigen Presse s. Christian Davies, „Poland's supreme court constitutional crisis approaches a standoff“, The Guardian vom 2. Juli 2018.

361 Sanford Levinson & Jack M. Balkin, „Constitutional Crises“, S. 714.

der polnischen Staats- und Verfassungskrise Ende 2015 und dem Ende des Untersuchungszeitraums Anfang 2020, währenddessen sie lange Teil der europäischen Rechtsstaatlichkeitskrise geworden war, sind nicht nur seitens der Europäischen Kommission zunächst die bei der Durchführung des EU-Rahmens ergangene Stellungnahme zur Rechtsstaatlichkeit, sodann vier Empfehlungen³⁶² zur Rechtsstaatlichkeit und der begründete Vorschlag nach Art. 7 EUV³⁶³ zu erwähnen.

Seitens des Europäischen Parlaments, dabei nur mit Blick auf die Plenarsitzungen, sind zehn allgemeine Aussprachen, auch zur Rechtsstaatlich-

-
- 362 1. Europäische Kommission, Empfehlung der Kommission vom 27.07.2016 zur Rechtsstaatlichkeit in Polen, C(2016) 5703 final, (EU) 2016/1374, ABl. (EU) L 217/53 vom 12.08.2016; 2. Europäische Kommission, Empfehlung der Kommission vom 21.12.2016 zur Rechtsstaatlichkeit in Polen in Ergänzung zur Empfehlung (EU) 2016/1374, C(2016) 8950 final, (EU) 2017/146, ABl. (EU) L 22/65 vom 27.01.2017; 3. Europäische Kommission, Empfehlung (EU) 2017/1520 der Kommission vom 26. Juli 2017 zur Rechtsstaatlichkeit in Polen in Ergänzung der Empfehlungen (EU) 2016/1374 und (EU) 2017/146, C(2017) 5320 final, ABl. (EU) L 228/19 vom 02.09.2017; 4. Europäische Kommission, Empfehlung (EU) 2018/103 der Kommission vom 20. Dezember 2017 zur Rechtsstaatlichkeit in Polen in Ergänzung der Empfehlungen (EU) 2016/1374, (EU) 2017/146 und (EU) 2017/1520, ABl. (EU) L 17/50 vom 23.01.2018.
- 363 Europäische Kommission, Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union zur Rechtsstaatlichkeit in Polen für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, COM(2017) 835 final, 2017/0360 (NLE) vom 20.12.2017.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

keit,³⁶⁴ eine Aussprache betreffend die Lage der Union,³⁶⁵ eine Erklärung des Präsidenten,³⁶⁶ eine Entschließung zur Lage der Rechtsstaatlichkeit,³⁶⁷ eine Entschließung zum eingeleiteten Verfahren nach Art. 7 EUV,³⁶⁸ zwei

-
- 364 Europäisches Parlament, 1. Plenardebatte vom Mittwoch, 13. April 2016 zur Lage in Polen, mit anschließender Entschließung des Europäischen Parlaments vom 13. April 2016 zur Lage in Polen (2015/3031(RSP)); 2. Plenardebatte mit anschließender Entschließung, Aktuelle Entwicklungen in Polen und ihre Auswirkungen auf die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerten Grundrechte (Aussprache) zu den Erklärungen des Rates und der Kommission zum Thema „Aktuelle Entwicklungen in Polen und ihre Auswirkungen auf die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerten Grundrechte“ (2016/2774(RSP)); 3. Vom gleichen Tag, Plenardebatte Aussprache über die Erklärung des Präsidenten der Kommission zur Lage der Union (2016/2734(RSP)); 4. Plenardebatte vom 14. Dezember 2016, Lage der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie in Polen (Aussprache), in Anwesenheit des EVP der Kommission Timmermans 2016/3030(RSP); 5. Plenardebatte vom 19. Januar 2016, in Anwesenheit des Ratspräsidenten und EVP Timmermans (2015/2989(RSP)); 6. Plenardebatte vom 15. November 2017, Die Lage der Rechtstaatlichkeit und der Demokratie in Polen (B8-0594/2017, B8-0595/2017), in Anwesenheit des EVP Timmermans (2017/2931(RSP)); 7. Plenardebatte vom 13. Juni 2018, Unabhängigkeit der Justiz in Polen (Aussprache) (2018/2761(RSP)); 8. Plenardebatte vom 25. März 2019, Lage in Bezug auf die Rechtsstaatlichkeit und die Bekämpfung der Korruption in der EU, insbesondere in Malta und der Slowakei (O-000015/2019 – B8—0017/2019) (2018/2965(RSP)); 9. Plenardebatte vom 15. Januar 2020, Laufende Anhörungen nach Artikel 7 Absatz 1 EUV – Polen (Aussprache) 2019/2986(RSP)); 10. Plenardebatte vom 11. Februar 2020, Die anhaltende Bedrohung der Rechtsstaatlichkeit in Polen (Aussprache), in Anwesenheit der Kommissarin Jourová (2020/2561(RSP)).
- 365 Plenardebatte vom 13. September 2017, Lage der Union (Aussprache) zur vorangegangenen Erklärung des Kommissionspräsidenten Juncker, (2017/2709(RSP)), zur Lage der Union, wenn auch dort nur kurSORisch.
- 366 Vgl. dazu Europäisches Parlament, Pressemitteilung vom 19.01.2016, Poland: MEPs debate rule of law issues with Prime Minister Szydło zur vorg. Aussprache vom gleichen Tag, abrufbar unter: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20160114IPR09899/poland-meps-debate-rule-of-law-issues-with-prime-minister-szydlo>; s. dort den Link zur Videoaufzeichnung mit der entspr. Erklärung.
- 367 Europäisches Parlament, P8_TA-PROV(2017)0442, Die Lage der Rechtstaatlichkeit und der Demokratie in Polen: Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. November 2017 zur Lage der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie in Polen (2017/2931(RSP)).
- 368 Europäisches Parlament, P8_TA-PROV(2018)0055, Beschluss der Kommission, im Hinblick auf die Lage in Polen das Verfahren gemäß Artikel 7 Absatz 1 EUV einzuleiten, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 1. März 2018 zu

Aussprachen über den sog. DRF-Pakt,³⁶⁹ der Polen erwähnt, zwei Aussprachen über Änderungen der Strukturfonds,³⁷⁰ eine Aussprache zur Lage der Grundrechte³⁷¹ sowie eine Aussprache in Anwesenheit des polnischen Ministerpräsidenten³⁷² zu nennen.

Im Rat hat es 2018 drei Anhörungen (im Juli, September und Dezember) gegeben³⁷³ und danach 2019, nach längerer Pause,³⁷⁴ gegen Jahresen-

dem Beschluss der Kommission, im Hinblick auf die Lage in Polen das Verfahren gemäß, Artikel 7 Absatz 1 EUV einzuleiten (2018/2541(RSP)).

- 369 Europäisches Parlament, 1. Plenardebate vom 25. Oktober 2016, EU-Mechanismus für Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechte (Aussprache) (2015/2254(INL)) (A8-0283/2016), in Anwesenheit des Ersten Vizepräsidenten der Kommission, Timmermans; 2. Plenardebate vom 17. April 2018, Ein Instrument für europäische Werte zur Unterstützung zivilgesellschaftlicher Organisationen, die die Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Grundwerte in der Europäischen Union fördern (Aussprache), in Anwesenheit der Justizkommissarin Jourová (2018/2619(RSP)).
- 370 Europäisches Parlament, 1. Plenardebate vom 13. März 2018, Der nächste MFR: Vorbereitung des Standpunkts des Parlaments zum MFR nach 2020 - Reform des Eigenmittelsystems der Europäischen Union (Aussprache), debatierte Berichte als (2017/2052(INI)) (A8—0048/2018) und (2017/2053(INI)) (A8—0041/2018), s. dort insb. die Äußerungen des Kommissars Oettinger, 2. Plenardebate vom 13. November 2018, Zwischenbericht über den Mehrjährigen Finanzrahmen 2021–2027: Standpunkt des Parlaments im Hinblick auf eine Einigung (Aussprache), in Anwesenheit von Kommissar Oettinger.
- 371 Europäisches Parlament, Plenardebate vom 16. Januar 2019, Lage der Grundrechte in der Europäischen Union 2017 (Aussprache) (2018/2103(INI)) (A8—0466/2018), in Anwesenheit der Justizkommissarin Jourová.
- 372 Europäisches Parlament, Plenardebate vom 4. Juli 2018, Aussprache mit dem polnischen Ministerpräsidenten Mateusz Morawiecki über die Zukunft Europas (Aussprache), (2018/2729(RSP)) Aussprachen vergleichbaren Formats wurden mit diversen Regierungschefs, darunter am 13.11.2018 auch mit der deutschen Kanzlerin geführt, in dieser war die Rechtsstaatlichkeit indes besonderes Thema (ohne eig. Nr., erste Nr. dieser Aussprache (A8—0358/2018) (2018/0166R(APP)), Punkt 8 der Tagesordnung).
- 373 Rat der Europäischen Union, 1. Rule of Law in Poland / Article 7(1) TEU Reasoned Proposal - Report of the hearing held by the Council on 26 June 2018, 12970/18 vom 08.08.2018; 2. Rule of Law in Poland / Article 7(1) TEU Reasoned Proposal - Report of the hearing held by the Council on 18 September 2018, 12970/18 vom 5. November 2018; 3. Rule of Law in Poland / Article 7(1) TEU Reasoned Proposal - Report on the hearing held by the Council on 11 December 2018, 15469/18 vom 20. Dezember 2018.
- 374 Zu den Gründen Laurent Pech & Patryk Wachowiec, „1460 Days Later: Rule of Law in Poland R.I.P. (Part I)“, Verfassungsblog vom 13.01.2020. Beide Verfasser führen dies erstens auf bewusste Verschleppung durch die selbst von Rechtsstaatsskandalen betroffene rumänische Ratspräsidentschaft, und hiernach

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

de zwei weitere Aussprachen zu Art. 7 EUV gegeben, zuletzt im Dezember 2019. Zusätzlich hat die Kommission mehrfach einen Zwischenstand ihrer Beobachtungen im Rat eingereicht.³⁷⁵ Die Form der Anhörung leitet der Rat aus dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 EUV ab.³⁷⁶ Die Anhörungen sind dabei sowohl im Rat für Allgemeine Angelegenheiten („General Affairs Council“, GAC) als auch im Rat für Justiz und Inneres („Justice et Affaires intérieures“, JAI) erfolgt.

Vor dem Gerichtshof der Europäischen Union sind zwei Vertragsverletzungsverfahren entschieden worden,³⁷⁷ ein weiteres ist anhängig.³⁷⁸ 18 Vorabvorlageersuchen,³⁷⁹ u.a. von polnischen Instanzgerichten³⁸⁰ und dem Obersten Gerichtshof,³⁸¹ stützen die Kommission dabei zusätzlich in ihren Bemühungen.³⁸² Zum Abschluss des Manuskripts entwickelte sich die Lage weiter schnell fort.³⁸³

Die Venedig-Kommission des Europarates hat sechs Gutachten erlassen, davon zuletzt eines als „dringendes Gutachten“ gemeinsam mit der GD

auf den Beschluss der finnischen Ratspräsidentschaft zurück, nicht im Umfeld der polnischen Parlamentswahlen vom Oktober 2019 auf diese Einfluss nehmen zu wollen.

375 Vgl. Rat der Europäischen Union (GAC), Draft Minutes vom 10.12.2019, 14943/1/19 vom 14.01.2020. Ein Bericht über diese letzte Aussprache ist noch nicht verfügbar. Einen Überblick über die weiteren Aussprachen im Jahresverlauf verschafft nochmals Laurent Pech & Patryk Wachowiec, „1460 Days Later“.

376 Vgl. Rat der Europäischen Union, Rule of Law in Poland / Article 7(1) TEU Reasoned Proposal - Hearing of Poland on 26 June 2018, 10354/18 vom 21. Juni 2018, Rn. 6.

377 Vgl. EuGH, Rs. C-619/18 R, Kommission ./ Polen, „Unabhängigkeit des Obersten Gerichts“, Urteil (GK) vom 24.06.2019, ECLI:EU:C:2019:531; Rs. C-192/18, Kommission ./ Polen, „Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit“, Urteil (GK) vom 05.11.2019, ECLI:EU:C:2019:924.

378 EuGH, Rs. C-791/19, Kommission ./ Polen, anhängig.

379 Statistik ebenso nach Laurent Pech & Patryk Wachowiec, „1460 Days Later“.

380 EuGH, Verb. Rs. C-558/18 und C-563/18, Miasto Łowicz ./ Skarb Państwa – Wojewoda Łódzki, und Prokurator Generalny ./ VX u.a., Urteil (GK) vom 26.03.2020, ECLI:EU:C:2020:234.

381 EuGH, Rs. C-824/18, A.B. u.a. ./ Krajowa Rada Sądownictwa, anhängig.

382 Zur Übersicht s. auch Luke Dimitrios Spieker, „Breathing Life into the Union’s Common Values“, S. 1186.

383 Zum zukünftig wohl nächsten großen Vertragsverletzungsverfahren, das in seinem frühesten Stadium steht, s. noch Europäische Kommission, „Rechtsstaatlichkeit – Europäische Kommission leitet Vertragsverletzungsverfahren zum Schutz der Unabhängigkeit polnischer Richter ein“, Pressemitteilung vom 29.04.2020, IP/20/772.

Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit des Europarates.³⁸⁴ Das „Büro für demokratische Institutionen und Menschenrechte“ (BDIMR(ODIHR) der OSZE hat in schneller Folge vier Gutachten zu Polen erlassen.³⁸⁵

Seitens der Vereinten Nationen haben sich sowohl der UN-Sondergesandte für die Unabhängigkeit von Richtern und Anwälten,³⁸⁶ *Diego García-Sayán*, wie auch in einem Brief der damalige UN-Hochkommissar für Menschenrechte der Vereinten Nationen,³⁸⁷ *Zeid bin Ra'ad Zeid al-Hussein*, geäußert. Mehrere negative Berichte des US Departement of

384 Venedig-Kommission, 1. CDL-AD(2016)001, Opinion no. 833/2015, Opinion on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland vom 11.03.2016; 2. CDL-AD(2016)012, Opinion no. 839/2016, Poland - Opinion on the Act of 15 January 2016 amending the Police Act and certain other Acts vom 13.06.2016; 3. CDL-AD(2016)026, Opinion 860/2012, Poland - Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal vom 14.10.2016; 4. CDL-AD(2017)028, Opinion 892/2017, Poland - Opinion on the Act on the Public Prosecutor's office vom 11.12.2017; 5. CDL-AD(2017)031, Opinion no. 904/2017, Poland - Opinion on the Draft Act amending the Act on the National Council of the Judiciary; on the Draft Act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts vom 11.12.2017; 6. CDL-PI(2020)002, Opinion no. 977/2019, Poland- Urgent Joint Opinion on the amendments to the Law on organisation on the Common Courts, the Law on the Supreme Court and other Laws vom 16.01.2020.

385 ODIHR der OSCE, 1. Final Opinion on Draft Amendments to the Act on the National Council of the Judiciary and certain other acts of Poland Opinion-Nr.: JUD-POL/305/2017-Final [AIC/YM] vom 05.05.2017; 2. Opinion On The Draft Act Of Poland On The National Freedom Institute - Centre For The Development Of Civil Society, Opinion-Nr.: NGO-POL/303/2017 [AIC] vom 22.08.2017; 3. Opinion on certain provisions of the Draft Act on the Supreme Court of Poland, Opinion-Nr.: JUD-POL/313/2017 [AIC] vom 30.08.2017; 4. Opinion on the Draft Act on the Supreme Court of Poland, Opinion-Nr.: JUD-POL/315/2017 [AIC] vom 13.11.2017.

386 Preliminary observations on the official visit to Poland (23-27 October 2017) United Nations Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers Mr. Diego García-Sayán, Warsaw, 27 October 2017, abrufbar unter: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22313&LangID=E>.

387 Brief von Zeid bin Ra'ad Zeid al-Hussein an den polnischen Außenminister Witold Waszczykowski vom 23.10.2017, ohne Az., s. nachfolgend auch Press briefing on Poland, Spokesperson for the UN High Commissioner for Human Rights: Rupert Colville, Subject: Poland vom 20.12.2019, abrufbar unter: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25447&LangID=E>.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

State,³⁸⁸ eine Aussprache des UN-Menschenrechtsrates³⁸⁹ zahllose Gutachten von Nichtregierungsorganisationen und polnischen Richtervereinigungen³⁹⁰ und ungezählte Beschwerden von Bürgern und Amtsträgern bei der Europäischen Kommission kommen hinzu.

Diese Materialfülle macht zum einen offensichtlich, dass in Polen ein schwerer Misstand zu beobachten ist, zum anderen ruft sie nach einer effektiven Sichtung. Die Methode, die dies schließlich der Rechtswissenschaft ermöglicht, kann dabei nicht allein und vorrangig auf die Entwicklung einer Systematik dieser Entwicklung abstellen. Die dogmatische Erfassung des Materials bedarf vielmehr einer Erfassung vorrangig mittels der Methode der *Topik*.

Die *Topik* ist namentlich durch *Theodor Viehweg* als eigene juristische Methodik erarbeitet und vertreten worden.³⁹¹ *Topik* bezeichnet die „am Problem orientiert[e]“ Arbeitsweise.³⁹² Zweck der *Topik* ist es, „Gesichtspunkte [zu sammeln] und diese schließlich in Kataloge [zusammenzufassen], die nicht von einem Ableitungszusammenhang beherrscht werden und deshalb besonders leicht zu erweitern und zu ergänzen sind.“³⁹³ Sie hat in der deutschen Rechtswissenschaft, gerade im öffentlichen Recht, vielfach Unterstützung erfahren.³⁹⁴

388 United States Department of State, Poland 2016 Human Rights Report, ohne Az. oder Datum, abrufbar unter: state.gov, s. auch die nachfolgenden Berichte gleichen Titels, jüngst von 2019.

389 Die vollständige Videoaufzeichnung der Aussprache im Menschenrechtsrat ist verfügbar unter: <http://webtv.un.org/search/poland-review-27th-session-of-universal-periodic-review/5425972482001/?term=&lan=english&cat=Universal%20Periodic%20Review&sort=date&page=9>.

390 Vgl. insb. das Papier der polnischen Richtervereinigung Iustitia, „Response to the White Paper Compendium on the Reforms of the Polish Justice System, presented by the Government of the Republic of Poland to the European Commission“ vom 16.03.2018.

391 Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz: Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 4., durchgesehene Aufl., C.H. Beck, München, 1969 [1953], nachfolgend alle Zitate nach dieser Auflage; umfassende Rezeption bei Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 150 ff., insb. S. 152; weiter Agnes Launhardt, *Topik und Rhetorische Rechtstheorie: Eine Untersuchung zu Rezeption und Relevanz der Rechtstheorie Theodor Viehwegs*, Peter Lang, Frankfurt a.M. u.a., 2010, S. 20 ff.

392 Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, S. 17.

393 Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, S. 36.

394 Andreas von Arnauld, „Erster Beratungsgegenstand: Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen: 2. Referat“, in: Uwe Volkmann (Hrsg.), *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Bd. 74, De

Der *Topos* ist also ein mit einem Rechtsbegriff verknüpftes Rechtsproblem und zugleich dessen tatsächliche Erscheinungsform in der Lebenswirklichkeit. Die sowohl assoziative wie analytische Identifizierung entspricht dem „issue-spotting“ US-amerikanischen Verständnisses. Viehweg konzipierte die Topik als Dichotom zum systematischen Arbeiten und erklärte beide für unvereinbar.³⁹⁵ Das dies indes nicht durchzuhalten ist, zeigt schon die bei ihm selbst anzutreffende Aussage der Zusammenfassung von Topoi in „Katalogen“, welches eine Typisierung und folglich bis zu einem gewissen Grad auch eine Systematisierung darstellt. Das topische Arbeiten kann es also ermöglichen, Topoi zu Typen zusammenzufassen und damit zu systematisieren und anhand der identifizierten Topoi auch Rechtsbegriffe zu erarbeiten, ohne die mit letzterer verbundene dogmatische Arbeit aufzugeben. Die Systematisierung folgt allerdings der topischen Erfassung nach.

Im vorliegenden Fall dient die Topik weniger der Lösung als vielmehr der Erfassung und Reduktion der sich darbietenden Sachverhalte, also der Rechtfertigung der Sachverhaltsverschlankung und der bis zu einem gewissen Grade axiomatischen Auswahl der in der Rechtsstaatlichkeitskrise erfolgten Entwicklungen. Die Topik kann auch erklären, warum in *Kombination* und *allgemeiner Wahrnehmung*, d.h. also in *wertender Gesamtschau*, verschiedene Vorgänge in einem Mitgliedstaat gerade dort als besonderes Problem gelten müssen, obwohl *isoliert* betrachtet das gleiche Problem in einem anderen Mitgliedstaat ebenso besteht. So gilt z.B. die Korruption für Rumänien und Bulgarien, aber auch für Ungarn, als besonders prägend. Daten, wie sie für ein Eurobarometer erhoben wurden, zeigen indes, dass in anderen Mitgliedstaaten, wie Griechenland, Zypern oder sogar Spanien die Werte weit höher liegen.³⁹⁶ Es ist dann das Zusammen-

Gruyter, Berlin, 2015, S. 39-87, S. 61 ff, mit umfassenden w. N.; ebenso das Koreferat von Peter Schneider & Horst Ehmke, „Erster Beratungsgegenstand: Prinzipien der Verfassungsinterpretation“, in (ohne Red./Hrsg.): Prinzipien der Verfassungsinterpretation: Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 20, De Gruyter, Berlin, 1963, S. 1-134, insb. S. 37 ff. (Schneider) und 53 ff. (Ehmke); weitere Nachweise auch bei Wolfgang Kahl, „Dogmatik im EU-Recht“, in: Archiv des öffentlichen Rechts 144 (2019), S. 159-201, S. 199-200, derselbe zeigt sich indes kritisch, dazu sogl. unten. Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, „Das systemische Defizit“, S. 298, sprechen ebenso von „Topoi“, die es zu identifizieren gelte.

395 Theodor Viehweg, Topik und Jurisprudenz, S. 34.

396 Vgl. Eurostat, Special Eurobarometer 470, October 2017, Corruption, S. 18, Tabelle zu „QB 5 How widespread do you think the problem of corruption is

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

wirken mit anderen Topoi, das rechtfertigt, warum die Auswahl sich in der Rechtspraxis und der Rechtsprechung auf bestimmte Mitgliedstaaten konzentriert und z.B. dann Ungarn, Bulgarien oder Rumänien in den Fokus rücken. Dies verlangt aber auch, sich der gemachten Beobachtungen regelmäßig zu vergewissern und sie zu hinterfragen.

Der hier gewählte Ansatz wendet sich nicht gegen eine spätere systematisierende, dogmatische Aufarbeitung der Rechtsstaatlichkeitskrise,³⁹⁷ hält aber eine Vorsortierung des Materials, entsprechend des zuvor aufgestellten Theorems vom „zweistufigen“ Rechtsbegriff, bestehend aus Vorsortierung durch den Begriff der Rechtsstaatlichkeitskrise und späterer präziser Aufarbeitung anhand des Begriffs des systemischen Defizits, für unerlässlich.

III. Polen

1. Drei Thesen

Der topischen Sichtung der Lage in Polen stelle ich anfangs drei Thesen voran.

Die erste These lautet, dass die Staatskrise in Polen als Katalysator für die Entwicklung der Rechtsstaatlichkeitskrise, damit auch für den Begriff des systemischen Defizits und schließlich für die Entwicklung des europäischen Verfassungsaufsichtsregimes fungiert hat. Darin liegt eine gewisse Tragik. Ein Katalysator ist in der Chemie bekanntlich ein Stoff, der eine Reaktion erst ermöglicht, ohne durch diese aber selbst beeinflusst zu werden. Nach derzeitigem Stand der Lage ist diese Beobachtung deswegen gerechtfertigt, weil Polen, trotz aller genutzten Mechanismen, in seiner Entwicklung ungehindert forschreitet. Das teilt Polen zwar mit Ungarn, in Polen ist die Entwicklung aber besonders prägnant. Egal ob Art. 7 EUV oder multiple Vertragsverletzungsverfahren oder gesellschaftlicher Druck,

in (OUR COUNTRY)?". Demnach halten in den Mitgliedstaaten Griechenland (96), Spanien (94), Portugal (92) und Zypern (94) jeweils weit über 90 % der Befragten Korruption für ein zentrales Problem, gegenüber Rumänien mit „nur“ 80 und Ungarn mit 86 %.

³⁹⁷ Ich sehe daher nicht, wie Kahl dies zu befürchten scheint, in der Befürwortung der Topik eine Aufgabe dogmatischer Arbeit, näher Wolfgang Kahl, „Dogmatik im EU-Recht“, S. 199-200. Auch die bei Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 153, befürchtete Beliebigkeit des Begriffs steht hier nicht im Raum. Die Topoi der Rechtsstaatlichkeitskrise lassen sich klar benennen.

die Regierung treibt die Reformen deutlich sichtbar und ungeachtet politischer Opposition voran. Das bedeutet nicht, dass die konkreten Defizite in Polen nicht lösbar wären, es bedeutet indes, dass sie bislang nicht gelöst worden sind.

Die katalysatorische Funktion der Vorgänge in Polen rechtfertigt, die Sachstandsdarstellung hier mit Polen und nicht mit Ungarn zu beginnen, obwohl es insbesondere die Lage in Ungarn war, die die Kommission 2014 zur Schaffung des EU-Rahmens bewog.³⁹⁸

Außerdem ist es Teil der katalysatorischen Funktion der Krise in Polen, dass gerade anhand *dieser* Krise und keiner anderen, die Kommission die Entwicklung ihrer Instrumente vorangebracht hat. Das gilt in überragendem Maße für die hier sog. Operationalisierung des Rechtsstaatsbegriffs, gerade über Art. 19 Abs. 1 EUV i.V.m. Art. 47 der Grundrechtecharta.

Auch wenn die Kommission an zahlreichen Stellen gegen andere Mitgliedstaaten, denen der Vorwurf der Missachtung des Rechtsstaatsprinzips gemacht wird, insbesondere gegen Ungarn, Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet hat, so hat sie dies doch nicht unter der Prämisse getan, wie im Falle Polens, sich spezifischen Fragen der Rechtsstaatlichkeit zu widmen.

Die zweite These lautet, dass ungeachtet der Technizität der Entwicklung in Polen das zugrundeliegende verfassungsrechtliche Problem von verblüffender Simplizität ist. Die Staatskrise in Polen ist zunächst Beispiel des spezifischen Subtyps vorsätzlich betriebener Unterwanderungen des Rechtsstaatsprinzips als Ausprägung des systemischen Defizits. Darüber hinaus bestand in Polen lange Zeit eine weitgehend *monothematische* Entwicklung. Monothematisch bedeutet, dass sich ohne Weiteres dem Beobachter ein „Leitmotiv“ der Krise aufdrängt, nämlich der Umgang der polnischen Stellen mit der eigenen Justiz. Diese Beobachtung behält Gültigkeit selbst bei Würdigung jüngster Entwicklungen.

In Ungarn, dem am häufigsten parallel zu Polen genannten Beispiel, ist die Unterwanderung hingegen zwar ebenso *vorsätzlich*, aber *polythematisch*, betrifft also diverse Bereiche des öffentlichen Lebens, wie die Medien- und Forschungsfreiheit, den Stand der Zivilgesellschaft und nur zwar gleichrangig, aber als eines unter vielen Themen auch die Justiz. Auf diesen zentralen Unterschied bei der Bewertung der Entwicklung habe ich mit Bogdanowicz bereits an anderer Stelle hingewiesen und dabei zwischen einer *homogenen* thematischen Ausprägung der für die Rechtsstaatlichkeit

398 Hierzu mehr infra unter E. IV. 2., betreffend die Genese des EU-Rahmens.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

in Polen und einer *heterogenen* Themenvielzahl der gleichen Problematik in Ungarn getrennt.³⁹⁹

Die Klarheit der Krise in Polen hat Forschung und Praxis Gewissheit über den funktionalen Kern der Rechtsstaatlichkeitskrise gegeben.

Ich gebe dabei zu, dass die These von der dichotomen Unterscheidbarkeit Polens von Ungarn anhand der adressierten Topoi in der Rechtsstaatlichkeitskrise hier eine bewusste Verschlankung der Problematik darstellt. Es ist durchaus möglich, thematisch anders gelagerte, aber seinerzeit ebenso interessierende Fragen, wie insbesondere die Rolle der Medien⁴⁰⁰ oder spätere Fragen, etwa zur Rolle der Frau,⁴⁰¹ hervorzuheben. In *Wojciech Sadurskis* Studie zur polnischen Lage etwa ist diesen Vorgängen auch im Rahmen einer Monographie umfassend nachgegangen worden.⁴⁰² Sadurski zitiert auch den polnischen Bürgerbeauftragten *Adam Bodnar* mit den Worten, es werde in Polen zunehmend schwierig, politische Rechte auszuüben, was zeigt, dass auch staatliche Einrichtungen sich dieser Entwicklung gewahr werden.⁴⁰³ Ich bleibe trotzdem bei meiner These, wonach in Polen die vorsätzliche Unterwanderung und politische Vereinnahmung der Justiz prägendes Leitmotiv ist und stütze mich dazu auf den Korpus der unionalen Reaktionen, insbesondere also von Europäischer Kommission und Europäischem Gerichtshof, in denen diese Vorgänge allein im Vordergrund standen.

Die dritte These lautet, dass der Einstieg über die Lage in Polen die Rechtsstaatlichkeitskrise greifbar macht. Dabei kommt eine in *vier Schritten* ablaufende, bewusste Ausschaltung der polnischen Justiz durch die kollusiv zusammenwirkende polnische Regierung und das polnische Parlament zum Vorschein. Nach einer politischen Unterwerfung des Verfassungsgerichtshofs ist gegen den Obersten Gerichtshof, sodann gegen die ordentliche Gerichtsbarkeit vorgegangen worden. Thematisch eigenständig

399 Matthias Schmidt & Piotr Bogdanowicz, „The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis“, S. 1086.

400 Vg. bereits Agnieszka Kublik, „Auf Linie gebracht“ und Venedig-Kommission, CDL-AD(2016)012, Opinion no. 839/2016, Poland - Opinion on the Act of 15 January 2016 amending the Police Act and certain other Acts vom 13.06.2016.

401 Vgl. Europäisches Parlament, Plenardebatte vom 05.10.2016, Frauenrechte in Polen (Aussprache), 2016/2918(RSP), weiter die Presseerklärung des UN-Hochkommissar für Menschenrechte, „Poland: UN experts say Government must not roll back women's rights“, vom 13.12.2018.

402 Wojciech Sadurski, Poland's Constitutional Breakdown, s. Kapitel 6, ab S. 150 ff.

403 Wojciech Sadurski, Poland's Constitutional Breakdown, S. 150.

dig ist dabei auch gegen andere Justizorgane, so den Landesjustizrat und die Landesrichterschule vorgegangen worden, obwohl die Grundlage hierzu dieselben Gesetzesänderungen sind. Der letzte, vierte und noch andauernde Schritt ist die Ende 2019 im Fluss befindliche zusätzliche Disziplinierung von Richtern über weitere Gesetze. Hiermit ist die Darstellung dann zu beschließen.

Diese vier Entwicklungsschritte sind nachfolgend herauszuarbeiten, ihnen voranzustellen ist aber das *normative Fundament der polnischen Regierung*, das die Entwicklung angestoßen hat.

2. Die exkludierende Demokratie als normatives Fundament der Entwicklungen

Der profunde Konflikt zwischen Polen und der Europäischen Union wirft unweigerlich die Frage nach ihrem *Warum* auf. Es muss ein politisches Ziel geben, dass die polnische Regierung mit den beanstandeten Maßnahmen verfolgt. Sonst ließe sich allenfalls ein temporärer, nicht aber ein derart langanhaltender Konflikt wie der jetzige, erklären.

Die Erfassung der politischen Intentionen der Partei PiS und der von ihren Parlamentsmehrheiten seit 2015 gestützten Regierungen fällt aber deutlich schwerer als insbesondere im späteren Vergleichsfall Ungarn. Nachfolgend sollen daher, sich stützend auf Kenner der Materie auch aus innerstaatlicher Sicht, einige Grundsätze herausgearbeitet werden. Dies ist schon deswegen notwendig, da damit deutlich wird, dass das aus den unbestreitbar erheblichen Wahlerfolgen folgende Mandat der derzeitigen polnischen Regierung kein allseitig legitimierendes und relativierendes Argument sein kann. Dies gilt auch, wenn man ausdrücklich anzuerkennen hat, dass es sich um Maßnahmen gewählter Vertreter handelt, die sich auf ebendieses Mandat berufen und berufen können.⁴⁰⁴ Es geht nicht darum, dieses Mandat in Abrede zu stellen, noch, da die nachfolgenden Ausführungen notwendiger Weise nicht erschöpfend sind, pauschale Urteile zu fällen, sondern die von überaus zahlreichen, kundigen Beobachtern dargelegte Sorge nicht zuletzt um Polen selbst und seine Rolle in der Union herauszuarbeiten.⁴⁰⁵

404 Zu dieser Problematik insbesondere Armin von Bogdandy, „Tyrannie der Werte?“, S. 511.

405 Ich war Teil einer multinationalen, dabei auch polnisch-deutschen, Autorengruppe, die diese Sorge bereits in der Vergangenheit zum Ausdruck gebracht

Zu beginnen ist die Darstellung, wie später diejenige für Ungarn, mit Einzelpersonen, die die Entwicklung angestoßen haben. Mit *Jarosław Kaczyński* kennt die polnische Politik einen als gewieften Taktiker gelten- den Übervater, der zudem von 2006-2007 polnischer Ministerpräsident war.⁴⁰⁶ In der derzeitigen Lage tritt *Kaczyński* vermeintlich aus der zweiten Reihe hervor. Damit einher geht ein teils rascher Wechsel der polnischen Kabinette und Ministerpräsidenten. War letzteres während weiter Teile der Entwicklungen *Beata Szydło*, so trat sie 2017 überraschend zurück und machte Platz für den derzeitigen, als eloquenter geltenden und polyglotten *Mateusz Morawiecki*.⁴⁰⁷ Der polnische Präsident *Andrzej Duda* wiederum gilt trotz zwischenzeitlicher Emanzipationsversuche von *Kaczyński*⁴⁰⁸ diesem insbesondere bei der Ausfertigung von Gesetzen als so hörig, dass hierüber in Polen Flüsterwitze im Umlauf sind.⁴⁰⁹ *Kaczyński* selbst hat mit seiner parlamentarischen Allmacht ungeachtet der ihm formell nicht zustehenden Ämter gelegentlich kokettiert. Während einer wichtigen Abstimmung Ende 2017 zur polnischen Justiz etwa setzte er sich im Sejm demonstrativ in die vordere Reihe seiner Fraktion und las ein Kinderbuch, einen „Katzenatlas“, den er später „für einen guten Zweck“ versteigern ließ.⁴¹⁰

Zweitens ist es, angesichts dieser Inversionslage der politischen Macht- verhältnisse, in der der „einfache Abgeordnete“ *Kaczyński* die Fäden in der Hand hält, umso schwieriger, die Gründe des Vorgehens der PiS zu ermitteln, und dies insbesondere, weil im Unterschied zu Ungarn kein

hat, Armin von Bogdandy, Piotr Bogdanowicz, Iris Canor, Maciej Taborowski & Matthias Schmidt, „Guest Editorial: A potential constitutional moment for the European rule of law – The importance of red lines“, S. 994-995.

- 406 Ein sehr gelungenes Personenporträt, das dieses Bild zeichnet, stammt von Konrad Schuller, „Ein versehrtes Leben“, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 26.11.2017.
- 407 Eine gute Analyse findet sich bei Anna Grzymala-Busse, „Poland's right-wing government has a new prime minister. Here are the 5 things you need to know“, Washington Post vom 12.12.2017.
- 408 Dazu Konrad Schuller, „Der Lehrling fordert den Meister heraus“, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 08.09.2017.
- 409 So berichtet von einem polnischen Kollegen. Demnach schickt *Kaczyński* zum Dank für Dudas treue Dienste und in dem Glauben, dieser habe Freude daran, dem Staatspräsidenten zum Geburtstag ein Kaninchen. Zu seiner größten Überraschung erhält *Kaczyński* es postwendend am nächsten Tag, auf dem Rücken sorgsam unterschrieben, zurück.
- 410 Hierzu *Rzeczpospolita* vom 24.11.2017, „AP: Kaczyński w parlamencie czyta książkę o kotach“ sowie vom 25.11.2017, „Jarosław Kaczyński przekazał Atlas kotów na aukcję charytatywną.“

Schlüsseldokument vorliegt, mit dem die Partei ein entsprechendes Programm vorgelegt hätte.

Bisherige Analysen von Parteiprogrammen und Reden⁴¹¹ belegen jedenfalls einen strengen Wertkonservativismus mit strikter Ablehnung des Sozialismus. Treibend als politisches Motiv für die Ausübung der politischen Richtlinienkompetenz ist das Verständnis der polnischen Nation und des polnischen Volkes als ethnisch und religiös homogen, welches es zu behaupten und zu wahren gilt. Kaczyński zeigt sich hinsichtlich des Wunsches nach der zukünftigen Orientierung Polens sehr stark wertegeleitet, bringt den Wertebegriff aber nicht mit dem Pluralismus in Bezug. Als Grundlage für die Etablierung dieses Wertekanons gilt die Lehre der katholischen Kirche, indes in enger Auslegung.⁴¹² Kaczyński sieht die Umformung des Staates, explizit auch der Justiz, als Durchsetzung einer nach innen radikal-egalitären, nach außen aber exkludierenden, dem „einfachen Bürger“ zugewandten und seine echte soziale Teilhabe verwirklichende Demokratie.⁴¹³ Damit einher geht eine nur eingeschränkt der Marktwirtschaft zugewandte Wirtschaftspolitik. Wie für die Fidesz in Ungarn gilt für die PiS „das Leitbild einer produktions- und mittelstands-basierten Gemeinwohlökonomie mit großen, öffentlich kontrollierten Unternehmen in strategischen Sektoren und dem Ziel einer spürbaren Ver-ringerung der Abhängigkeit von ausländischen Investoren.“⁴¹⁴ Allerdings gelten dabei makroökonomisch unterschiedliche Ausgangslagen, wobei Polen ein starkes Wirtschaftswachstum zu verzeichnen hat und infolge des Balcerowicz-Plans mit dem Złoty über eine stabile Hartwährung verfügt, während Ungarn ungeachtet wirtschaftlicher Verbesserungen mit Währungsproblemen, insbesondere hoher Volatilität und erhöhter Inflati-

411 S. die Aufarbeitung des Dokumentenkonvolts mit Parteiprogramm und Reden unter dem Titel „PiS in their own words“, durch Brian Porter-Szűcs, abrufbar unter: <http://porterszucs.pl/2016/02/05/pis-in-their-own-words/>. Für die Auseinandersetzung des Einflusses und vor allem der historischen Ursprünge dieser Denkweise auf die polnische Gesellschaft in ganzer Breite, s. Brian Porter-Szűcs, *Faith and Fatherland*.

412 Jarosław Kaczyński, Auszug aus einer Rede vom 14. Februar 2005, vor der Stefan-Batory-Stiftung in Warschau, aus der vorbenannten Quellensammlung. Brian Porter-Szűcs, *Faith and Fatherland*, S. 232 ff., identifiziert die hinter dieser Auffassung hervortretende Anschauung des Katholizismus als besonders persistente, in anderen Ländern überholte Form der „ecclesia militans“.

413 Jarosław Kaczyński, Rede vor dem Sejm vom 14.03.2016, aus der Sammlung in Fn. 409.

414 Kai-Olaf Lang, „Zwischen Rückbesinnung und Erneuerung: Polens PiS und Ungarns Fidesz im Vergleich“, S. 66.

on, zu kämpfen hat.⁴¹⁵ Diese Leitlinien der PiS-Politik werden unter dem selbstpropagierten Schlüsselbegriff des „Wandels zum Guten (dobra zmiana)“ zusammengefasst.⁴¹⁶ Während der Legislaturperiode von 2005-2007, in welcher die PiS in einer Koalition regierte und vorgezogene Neuwahlen stattfanden, wurde im Parteiprogramm zusätzlich angestrebt, die derzeitige Verfassungsordnung durch eine „Vierte Republik“ abzulösen.⁴¹⁷

Es mangelt in der Wissenschaft, wie für Ungarn, nicht an Vorschlägen zur begrifflichen Verortung des durch die PiS begründeten Politikstils. Möllers und Schneider sprechen im Hinblick auf die verfassungspolitische Lage in Polen von einer Auslegung auf eine „sozial konservative Politik der inneren und äußeren Souveränität [...] sowie auf die Kontrolle der Medien und der Justiz.“⁴¹⁸ Paulina Starski und, ihr folgend, Andreas Kulick tauften den Zustand in Polen „Demokratura“.⁴¹⁹ Klaus Bachmann nahm Bezug auf einen „zentralistischen Autarkismus“, der den reinen Populismus abgelöst habe.⁴²⁰ Wojciech Sadurski sprach von einem “anti-constitutional populist backsliding“ und sieht eine erwiesene ideelle Nähe zwischen Kaczyński und Viktor Orbán in Ungarn.⁴²¹ Ich schlage vor, basierend auf

-
- 415 Vgl. Joanna Fomina & Jacek Kucharczyk: „Populism and Protest in Poland“, in: *Journal of Democracy* 27 (2016), S. 58-68, S. 59. Die Inflationsrate Ungarns betrug 2019 3,34%, die in Polen 2,31%, in der Eurozone 1,2%, Zahlen nach: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/227302/umfrage/inflationsrate-in-polen/> sowie <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/272220/umfrage/inflation-rate-in-ungarn/> und <https://de.statista.com/statistik/studie/25001/dokument/inflation-in-eu-and-euro-zone-statista-dossier/>.
- 416 Katarina Bader & Tomasz Zapart: „Polarisiert, politisiert, vielfältig: Polens Medien 27 Jahre nach dem Systemwechsel“, in: *Osteuropa* 66 (2016), S. 131-148, S. 131.
- 417 Lukas Scheffs, „Recht und Gerechtigkeit“ (PiS) als Protestpartei? Eine kurze politologische Reflexion“, in: Dieter Bingen, Maria Jarosz, Oliver Loew (Hrsg.), *Legitimation und Protest: Gesellschaftliche Unruhe in Polen, Ostdeutschland und anderen Transformationsländern nach 1989*, Harrassowitz, Wiesbaden, 2012, S. 70-84, S. 76 insb., s. auch bereits zuvor S. 75 bei Fn. 19 und 20.
- 418 Christoph Möllers & Linda Schneider, *Demokratisierung in der Europäischen Union*, S. 69.
- 419 Paulina Starski „The Power of the Rule of Law: The Polish Constitutional Tribunal’s Forceful Reaction“, Verfassungsblog, vom 17.03.2016, o.S., abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/the-power-of-the-rule-of-law-the-polish-constitutional-tribunals-forceful-reaction/>; Andreas Kulick, „Rechtsstaatlichkeitskrise und gegenseitiges Vertrauen im institutionellen Gefüge der EU“, in: *Juristenzeitung* 75 (2020), S. 223-231, S. 224.
- 420 Klaus Bachmann, *Der Bruch*, S. 135 ff., zur Machtfülle der PiS in diesem Modell S. 326 und f.
- 421 Wojciech Sadurski, *Poland’s Constitutional Breakdown*, S. 1, 3 ff.

den zuvor von *Brian Porter-Szűcs* übersetzten Textpassagen,⁴²² dem hieraus erkennlichen eigenen Demokratieverständnis der PiS und zur Verknüpfung ihrer politischen Philosophie mit dem Begriff der *illiberalen Demokratie* Orbáns,⁴²³ den Begriff der *exkludierenden Demokratie* zu verwenden. Es handelt sich, wie schon beim Begriff der illiberalen Demokratie, um einen Defekt der Demokratie, der sich dabei am PiS-Parteiprogramm orientiert. Dieses bekennt sich vehement zur Demokratie.⁴²⁴ Aber es ist eben eine Demokratie, die nur nach innen, dem polnischen Volk und Staat gegenüber, umfassend inklusiv ist, während alle sonstigen, sowohl von außen als auch von innen als „fremd“ Empfundenen, den Staat nicht betreten, noch in den Genuss seiner Inklusionsleistung gelangen und vor allem nicht seine Entwicklung beeinflussen können sollen.⁴²⁵

3. Die Vereinnahmung des polnischen Verfassungsgerichts

Die PiS hat das polnische Verfassungsgericht als Garant der heutigen polnischen Verfassung offensichtlich als Hindernis bei der Durchsetzung ihrer politischen Absichten erkannt, denn jegliche Gesetzesänderung hätte vor einem unabhängigen Gericht per abstrakter Normenkontrolle und ggf. Verfassungsbeschwerde kontrolliert werden können.⁴²⁶ Entsprechend eingelassen hat sich die PiS dazu selbstredend nie. Gleichwohl müssen die Schwere der Auswirkungen für die polnische Verfassung und das pol-

422 Vgl. Brian Porter-Szűcs, Aufarbeitung von Parteiprogramm und Reden in englischer Sprache unter dem Titel „PiS in their own words“, abrufbar unter: <http://porterszucs.pl/2016/02/05/pis-in-their-own-words/>. Zum ähnlich gestalteten Begriff der „exklusiven Demokratie“, der allerdings auf den Ausschluss bestimmter Gruppen im Staatsinneren abzielt, s. Wolfgang Merkel, Hans-Jürgen Puhle, Aurel Croissant, Claudia Eicher & Peter Thiery, *Defekte Demokratie*, S. 239 ff.

423 Dazu unter IV.2.

424 Parteiprogramm der PiS, 14. Programmpunkt („Democracy Overcomes the Dilemma of Security vs. Liberty“), aus der vorbenannten Sammlung.

425 Wie vor, Parteiprogramm der PiS, insb. 14. Programmpunkt („The Polish State as a Primary Value“), 18. Programmpunkt („Europe Strengthened by Diversity“) und 20. Programmpunkt („It is Worthwhile to Hold our Values“).

426 Zur Rechtslage vor 2015 gibt Auskunft Piotr Tuleja, „§ 103 Der polnische Verfassungsgerichtshof“, in: Armin von Bogdandy, Christoph Grabenwarter & Peter M. Huber (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum* Band VI: Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa, C. F. Müller, Heidelberg, 2015, S. 471-518, insb. Rn. 32 ff., 50 ff.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

nische Rechtssystem und die dahinter zu Tage tretenden Absichten als erwiesen gelten.

Die Verfassungskrise Polens beginnt⁴²⁷ mit einer verfassungsrechtlichen Verfehlung derjenigen Kräfte, denen mutmaßlich eine Gefährdung der Rechtsstaatlichkeit in Polen fern lag, der Bürgerlichen Plattform (PO), gleichzeitig auch politischer Hauptwidersacher der PiS. Angesichts ihrer Wahlniederlage bei den Parlamentswahlen zur achten Legislaturperiode („VIII. Kadenz“) des polnischen Sejm der 3. Republik vom 25. Oktober 2015 benannte die scheidende Regierung der PO kurz vor Ablauf der Legislaturperiode als eine der letzten Amtshandlungen fünf Richter zum polnischen Verfassungsgericht. Davon betrafen drei Ernennungen Nachfolger auf scheidende Richter, deren Amtszeit noch vor Ende der Legislaturperiode zum 12. November endete. Die Nachfolger nahmen ihre Tätigkeit also vor Ablauf der siebten Legislaturperiode auf. Zwei der Richterbesetzungen indes betrafen die Nachfolge auf Stellen, deren Amtszeit erst nach dem Beginn der neuen Legislaturperiode begann. Offensichtlicher Zweck der Ernennungen war das Sichern der politischen Gesinnung der neu ernannten Richter im Sinne der proeuropäisch-liberalen Ausrichtung der PO. Die derart voreilige Ernennung wurde durch eine im Juni 2015 erlassene Änderung im Verfassungsgerichtsgesetz möglich.

Gegen die Entscheidung der PO regte sich unmittelbar Protest im Sejm, auch von Unterstützern der Partei selbst.⁴²⁸ Mit einem Urteil vom 03.12.2015 hob das Verfassungsgericht die neue Ernennung teilweise auf. Es unterschied zwischen den drei Richtern, die ihr Amt noch vor Ablauf der Legislaturperiode angetreten hatten und denjenigen, die erst nach Beginn der neuen Legislaturperiode ihr Amt antreten durften. Allein erstere, so befand das Gericht, seien verfassungsgemäß ernannt, für die beiden anderen hingegen stand es dem neuen, PiS-dominierten, Sejm zu, Richter

427 Zur präzisen Aufarbeitung der einzelnen Schritte seitens Regierung und Parlament betreffend das Verfassungsgericht vgl. Piotr Tuleja, „The Polish Constitutional Tribunal“, in: Armin von Bogdandy, Peter M. Huber & Christoph Grabenwarter (Hrsg.), *The Max Planck Handbooks of Public Law in Europe: Volume III: Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2020, S. 619-672, S. 658 ff, der dabei auch von einer „Verfassungskrise“ spricht.

428 Vgl. das Gutachten der Venedig-Kommission, CDL-AD(2016)001, Opinion no. 833/2015, Opinion on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland vom 11.03.2016, Rn. 15 und 17.

zu ernennen.⁴²⁹ Hierbei hätte es die PiS belassen können, allein sie tat dies nicht.

Am 25.11.2015 hob der neue Sejm nämlich nicht nur die Ernennung der zwei rechtwidrig ernannten, sondern aller ernannten Richter auf. Er setzte an die Stelle der fünf des Amtes entthobenen Richter am 02.12.2015 fünf eigene Kandidaten. Diese neuernannten Richter, von welchen Präsident Duda frühmorgens am 03.12.2015 um 01:30 Uhr, und damit wenige Stunden vor dem späteren Urteil des Verfassungsgerichts, den Amtseid abnahm,⁴³⁰ werden inzwischen gemeinhin als die „Dezemberrichter“ bezeichnet, die anderen, also noch von der PO ernannten, als die „Oktoberrichter“.

Überdies verabschiedete der Sejm am 22.12.2015 ein weiteres Gesetz zur Änderung des Verfassungsgerichtsgesetzes,⁴³¹ das diverse Verfahrenseinzelheiten änderte.⁴³² Die Änderungen zielen unverkennbar darauf, die Arbeit des Gerichts, insbesondere seine Beschlussfassung und die zeitnahe Entscheidung in Eilsachen empfindlich zu beeinträchtigen. Das polnische Verfassungsgericht reagierte am 09.12.15 und 09.03.16 auf diese Konfrontation in zwei Grundsatzurteilen und hob die Änderungen im Wesentlichen auf.⁴³³

Die polnische Regierung setzte ihre Konfrontation fort, indem der Premierminister eines der beiden Urteile vom März, zum ersten Mal in der Geschichte der Republik Polen, nicht im polnischen Amtsblatt veröffentlichte.⁴³⁴ Nach polnischem Recht ist dies erforderlich, damit der Tenor in Rechtskraft erwächst. Die Regierung berief sich hierzu u.a. auf den Umstand, dass nach der von ihr als rechtmäßig erachteten Neubesetzung

429 PolnVerfG, Urteil vom 09.12.2015, Az. K 34/15, vgl. Piotr Tuleja, „The Polish Constitutional Tribunal“, S. 660-661.

430 S. Venedig-Kommission, CDL-AD(2016)001, Opinion no. 833/2015, Opinion on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland vom 11.03.2016, Rn. 25, weiter Piotr Tuleja, „The Polish Constitutional Tribunal“, S. 660 und ff.

431 Gesetz vom 22. Dezember 2015 zur Änderung des Gesetzes vom 25. Juni 2015 über den Verfassungsgerichtshof, Poln. GBl. (Dz. Ustaw) vom 28.12.2015, Nr. 2217.

432 Ausführlich zu den Details Venedig-Kommission, CDL-AD(2016)001, Opinion no. 833/2015, Opinion on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland vom 11.03.2016, S. 9-16, Rn. 49-66.

433 PolnVerfG, Urteil vom 09.12.2015, Az. K 35/15, Poln. GBl. (Dz. Ustaw) vom 18.12.2015, Nr. 2147, Urteil vom 09.03.2016, Az. K 47/15; weiter Piotr Tuleja, „The Polish Constitutional Tribunal“, S. 662-663.

434 Piotr Tuleja, „The Polish Constitutional Tribunal“, S. 663.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

des Gerichts und der neuen, gerade überprüften Rechtslage, 15 Richter im Plenum hätten entscheiden müssen, das Gericht selbst, welches 3 Richter als verfassungswidrig ernannt ansah, aber mit 12 Richtern entschied.⁴³⁵ Einzelne PiS-Politiker verstiegen sich in der Folge zu der Aussage, beim sog. Märzurteil handele es sich um die private Meinungsäußerung eines „Kaffeekränzchens“.⁴³⁶

Nach regem Schriftwechsel zwischen der Europäischen Kommission, dort dem damaligen Ersten Vizepräsident *Frans Timmermans* und Polen,⁴³⁷ teils auch unter Beteiligung anderer Mitgliedstaaten, leitete die Kommission dann am 13.01.2016 ein Verfahren nach dem 2014 geschaffenen EU-Rahmen ein, als sie per „Fact Sheet“ bekanntgab, das Kommissionskollegium habe eine „Orientierungsaussprache des Kollegiums über die jüngsten Entwicklungen in Polen und den Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“⁴³⁸ abgehalten, womit die erste Phase des Verfahrens eingeleitet war.

Die polnische Regierung und der sie stützende Sejm ließen sich von den Einwänden der Kommission weder beeindrucken noch umstimmen. Auch eine Intervention des französischen Präsidenten *Emmanuel Macron*

435 Im Einzelnen vgl. Piotr Tuleja, „The Polish Constitutional Tribunal“, S. 663-664.

436 Vgl. Gabrielle Lesser, „Verfassungsrichter werden erpresst“, Die Tageszeitung vom 28.10.2016.

437 Brief von Frans Timmermans vom 23. Dezember 2015 an Witold Waszczykowski, Minister für Auswärtige Angelegenheiten der Republik Polen und Zbigniew Ziobro, Justizminister der Republik Polen, Ares(2015) 6664696; Presseerklärung des polnischen Außenministeriums vom 24.12.2015, „Today, the Ministry of Foreign Affairs has replied to a letter by Vice-President of the European Commission Frans Timmermans.“; Brief von Frans Timmermans vom 30. Dezember 2015 an Witold Waszczykowski, Minister für Auswärtige Angelegenheiten der Republik Polen und Zbigniew Ziobro, Justizminister der Republik Polen, bekanntgemacht ohne Az.; Brief von Unterstaatssekretär Alexander Stępkowski vom 07.01.2016 an Frans Timmermans, ohne Az.; Brief von Zbigniew Ziobro an Frans Timmermans vom 11.01.2016, BM-I-0830-2/16; Der Brief wurde einen Tag später von Ziobro selbst auf Twitter veröffentlicht; Replik hierzu von Frans Timmermans vom 13.01.2016, BM-I-0830-2/16, Brief von Guido Westerwelle, Frans Timmermans, Villy Søvndal und Erkki Tuomioja vom 06.03.2013 an Kommissionspräsident José Manuel Barroso, ohne Az.

438 Europäische Kommission, „Orientierungsaussprache des Kollegiums über die jüngsten Entwicklungen in Polen und den Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips: Fragen und Antworten“, MEMO/16/62, Factsheet vom 13.01.2016. S. weiter auch nochmals ausführlich infra, E. V. 2.

bei der polnischen Regierung blieb ohne Erfolg.⁴³⁹ Polen ließ durch seinen Europaminister *Konrad Szymański* mitteilen, man akzeptiere kein „Diktat der Interpretation“ der Unionswerte von außerhalb.⁴⁴⁰

Am 22.07.2016 verabschiedete der Sejm ein drittes Änderungsgesetz zum Verfassungsgerichtsgesetz.⁴⁴¹ Die Kommission rügte diesbezüglich insbesondere die kurze Legisvakanz von 14 Tagen und seine Auswirkung auf offene Entscheidungen.⁴⁴² Zu diesem dritten Änderungsgesetz ergingen im August und November zwei weitere Urteile des polnischen Verfassungsgerichts. Die polnische Regierung setzte sich über die Rechtsauffassung des Gerichts erneut hinweg. Präsident Duda berief am 19.12.2016 die vom 8. Sejm rechtmäßig gewählte Richterin *Julia Przyłębska* zur kommissarischen Gerichtspräsidentin. Obwohl als Richterin rechtmäßig im Amt, gilt im Schrifttum als gesichert,⁴⁴³ dass ihre Ernennung auch zur kommissarischen Präsidentin des Verfassungsgerichts gegen die Verfassung verstieß. Przyłębska berief unmittelbar die im Dezember 2015 rechtswidrig ernannten drei Richter zum Dienst – zuvor hatten sie ihr Amt nicht ausgeübt – und ließ sich am 20.12.2016 kurzfristig in einer fehlerhaft besetzten Plenarentscheidung zur ordentlichen Gerichtspräsidentin wählen bzw. durch das Plenum im Amt bestätigen. Ebenso rechtswidrig ins Amt des Vizepräsidenten berufen wurde *Mariusz Muszyński*.⁴⁴⁴ Er ist heute Vizepräsident des Verfassungsgerichts und zwischenzeitlich auch Ersatzmitglied der

439 Dietmar Nickel, „Integrationspolitische Herausforderungen an den Europäischen Rechtsstaat: „Zur Zukunft der europäischen Rechts- und Wertegemeinschaft“, in: *Europarecht* 52 (2017), S. 663-680, S. 671.

440 Dietmar Nickel, „Integrationspolitische Herausforderungen an den Europäischen Rechtsstaat: „Zur Zukunft der europäischen Rechts- und Wertegemeinschaft“, S. 671.

441 Verfügbar seitens der Venedig-Kommission, CDL-REF(2016)052-e, Opinion No. 860 / 2016, Poland - The Constitutional Tribunal Act of 22 July 2016, published in the *Journal of Laws of the Republic of Poland* [Dz. Ustaw] on 1 August 2016, item 1157.

442 Europäische Kommission, Europäische Kommission, Empfehlung der Kommission vom 27.07.2016 zur Rechtsstaatlichkeit in Polen, C(2016) 5703 final, (EU) 2016/1374, ABl. (EU) L 217/53 vom 12.08.2016 (erste Empfehlung zur Rechtsstaatlichkeit), Rn. 58-64.

443 S. u.a. Wojciech Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, S. 221; ausführlich zur nationalen Rechtslage Tomasz Tadeusz Koncewicz, „Of institutions, democracy, constitutional self-defence and the rule of law: The judgments of the Polish Constitutional Tribunal in Cases K 34/15, K 35/15 and beyond“, in: *Common Market Law Review* 53 (2016), S. 1753–1792, insb. S. 1766-1767.

444 Wojciech Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, S. 82, spricht von einem „improperly elected ,quasi-judge“.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

Venedig-Kommission auf Vorschlag der polnischen Regierung. Muszyński zögerte nicht, seine rechtspolitischen Ansichten deutlich herauszustellen. In einem Gastbeitrag für die führende polnische Tageszeitung *Rzeczpospolita* deutete er an, dass sich das polnische Verfassungsgericht zukünftig Urteilen des EuGH widersetzen könnte; der Beitrag fand über Polen hinaus Beachtung.⁴⁴⁵

Damit war der Umbau der polnischen Verfassungsgerichtsbarkeit abgeschlossen. Es war nun überwiegend mit regierungstreuen Richtern besetzt und verfahrensrechtlich seiner Kontrollfunktion weitestgehend beraubt. Für die PiS war der Weg für weitere Änderungen frei.

4. Die Neutralisierung des Obersten Gerichtshofs und der ordentlichen Gerichtsbarkeit

a. Derzeitige Rechtslage

Den Änderungen des Rechtsrahmens und der Zusammensetzung des polnischen Verfassungsgerichts folgten 2016 und 2017 seitens des Sejm vier Gesetze nach, die nun auf die ordentliche Gerichtsbarkeit und auf den dieser als Letztestinstanz vorstehenden Obersten Gerichtshof abzielen. Die Änderungen begannen mit einem Gesetz über die Staatsanwaltschaft, das bereits Ende 2016 erlassen, 2017 aber mehrfach abgeändert wurde,⁴⁴⁶ und das Amt des Generalstaatsanwalts mit dem Amt des Justizministers verschmolz.⁴⁴⁷

445 „Polski Trybunał w unijnej rzeczywistości - Mariusz Muszyński o mocy wyroków TSUE w Polsce“, *Rzeczpospolita* vom 22.03.2018; vgl. auch Armin von Bogdandy, Piotr Bogdanowicz, Iris Canor, Maciej Taborowski & Matthias Schmidt, „Guest Editorial: A potential constitutional moment for the European rule of law – The importance of red lines“, S. 989.

446 Verfügbar auf Englisch seitens der Venedig-Kommission, CDL-REF(2017)048-e, Opinion No. 892/2017, Poland - Act on Public Prosecutor's Office CDL(2017)037-e vom 29.09.2017.

447 Analyse bei Venedig-Kommission, CDL-AD(2017)028, Opinion 892/2017, Poland - Opinion on the Act on the Public Prosecutor's Office, as amended, vom 11.12.2017, Rn. 20, vorgehende „Draft Opinion“ als CDL(2017)037 vom 24.11.2017; weiter CDL-AD(2017)031, Opinion no. 904/2017, Poland - Opinion on the Draft Act amending the Act on the National Council of the Judiciary; on the Draft Act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts vom 11.12.2017, Rn. 14-15.

Dem folgten im Jahresverlauf 2017 drei weitere Gesetze nach. Zunächst zu nennen⁴⁴⁸ ist ein Änderungsgesetz zum „Gesetz über die ordentlichen Gerichte“ (Gerichtsverfassungsgesetz).⁴⁴⁹ Hierauf ergingen seitens des Staatspräsidenten Duda Vorschläge zu Änderungen des Gesetzes über den Obersten Gerichtshof,⁴⁵⁰ nachdem Duda vorherige Änderungen per Veto blockiert hatte, worauf das Gesetz dann zum 15.12.2017 verabschiedet wurde.⁴⁵¹ Weiter erging schließlich ein ebenso zunächst per Veto blockiertes Gesetz über den Landesjustizrat.⁴⁵²

Zum Gesetz über den Landesjustizrat und den Obersten Gerichtshof reichte die polnische Regierung „Memoranden“ ein,⁴⁵³ die Venedig-Kommission verband die drei im Jahresverlauf 2017 ergangenen Gesetze über die Ordentliche Gerichtsbarkeit, den Obersten Gerichtshof und den Landesjustizrat in einem gemeinsamen Gutachten,⁴⁵⁴ und seitens der Europä-

-
- 448 Hier in der Reihenfolge des Eingangs zur Prüfung bei der Venedig-Kommission. Zur gesamten Liste vgl. <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?country=23&year=all>.
- 449 Verfügbar auf Englisch seitens der Venedig-Kommission, CDL-REF(2017)046-e, Opinion no. 904/2017, Poland - Act on the Organisation of the Ordinary Courts vom 20.12.2017.
- 450 Übersetzung durch die Venedig-Kommission, CDL-REF(2017)052-e, Opinion no. 904/2017, Poland - Presidential Draft Act on amending the Act on the Supreme Court vom 20.12.2017.
- 451 Vgl. Europäische Kommission, Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union zur Rechtsstaatlichkeit in Polen für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, COM(2017) 835 final, 2017/0360 (NLE), vom 20.12.2017, Rn. 5, lit. (a) und (d). Zum ursprünglichen Veto s. Michał Broniatowski, „ Polish President Andrzej Duda to veto controversial court laws“, Politico vom 24.07.2017.
- 452 Übersetzung durch die Venedig-Kommission, CDL-REF(2017)053-e, Opinion no. 904/2017, Poland - Presidential Draft Act on amending the Act on the National Council of the Judiciary, veröffentlicht am 20.12.2017.
- 453 Venedig-Kommission, CDL-REF(2017)052add, Opinion no. 904/2017, Explanatory Memorandum to the Presidential Draft Act Amending the Act on the National Council of the Judiciary vom 23.11.2017 sowie CDL-REF(2017)052add, Opinion no. 904/2017, Explanatory Memorandum to the Presidential Draft Act Amending the Act on the Supreme Court, vom 23.11.2017. Die Venedig-Kommission merkt an, die englische Übersetzung sei von den polnischen Stellen kontrolliert worden.
- 454 Venedig-Kommission, CDL-AD(2017)031, Opinion no. 904/2017, Poland - Opinion on the Draft Act amending the Act on the National Council of the Judiciary; on the Draft Act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts vom 11.12.2017.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

ischen Kommission fanden sie umfassend teils schon in der sog. dritten Empfehlung zur Rechtsstaatlichkeit der Kommission vom Juli 2017 und schließlich im begründeten Vorschlag zu Art. 7 EUV Berücksichtigung.⁴⁵⁵

Nachdem die Europäische Kommission noch im September 2017 im Rat für Allgemeine Angelegenheiten einen letzten Versuch unternommen hatte, die Vorgänge, inklusive derer betreffend das polnische Verfassungsgericht, ad hoc beizulegen,⁴⁵⁶ sah sie schließlich keinen anderen Ausweg als die Nutzung des Verfahrens nach Art. 7 EUV. Parallel zum Verfahren nach Art. 7 EUV hat der Europäische Gerichtshof in weiten Teilen zu den Vorgängen Stellung bezogen, bzw. es sind damit bei ihm in Zusammenhang mit diesen Umbrüchen stehende Fragen weiter anhängig.

Der polnische Sejm hat die Gesetze infolge dieser Rechtsprechung am 20. Dezember 2019 erneut abgeändert, sodass diese Fassung, die in der Praxis weiterer Prüfung bedürfen wird, der derzeit und für diese Arbeit der letzte Stand ist.⁴⁵⁷

Die Europäische Kommission hat sich, ungeachtet ihrer Darstellung unter dem Titel „Gefährdung der Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit“, in ihrer Analyse im Rahmen des begründeten Vorschlags nach Art. 7 Abs. 1 EUV im Jahr 2017 dafür entschieden, die Vorgänge chro-

455 Europäische Kommission, Empfehlung (EU) 2017/1520 der Kommission vom 26. Juli 2017 zur Rechtsstaatlichkeit in Polen in Ergänzung der Empfehlungen (EU) 2016/1374 und (EU) 2017/146, C(2017) 5320 final, ABl. (EU) L 228/19 vom 02.09.2017, Rn. 12 ff.; Europäische Kommission, Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union zur Rechtsstaatlichkeit in Polen für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, COM(2017) 835 final, 2017/0360 (NLE), vom 20.12.2017, Rn. 114 ff. insb.

456 Vgl. Dietmar Nickel, „Integrationspolitische Herausforderungen an den Europäischen Rechtsstaat: „Zur Zukunft der europäischen Rechts- und Wertegemeinschaft“, S. 674.

457 Vgl. Venedig-Kommission, 1. CDL-REF(2020)005, Opinion no. 977/2017, Poland - Supreme Court Act of 8 December 2017 with Amendments of 20 December 2019 vom 14.01.2020; 2. CDL-REF(2020)004, Poland - Act on Law Common Courts Organisation [gemeint ist das zuvor als “Act on the Organisation of Ordinary Courts” bezeichnete und unter der Nr. CDL-REF(2017)046-e bereits in vorheriger Fassung übersetzte Gesetz] of 27 July 2001 with Amendments of 20 December 2019 vom 14.01.2020; 3. CDL-REF(2020)003, Opinion no. 977/2020, Poland - Act on the National Council of the Judiciary of 12 May 2011 with Amendments of 20 December 2019 vom 14.01.2020; vgl. vorgehend die Übersetzung der früheren Entwurfssfassung unter der Nr. CDL-REF(2017)052add .Es ist nicht auszuschließen, dass diese später aktualisiert oder ersetzt werden.

nologisch und getrennt nach den Regelungsmaterien der verschiedenen Gesetze aufzuschlüsseln.⁴⁵⁸ Dem stelle ich hier zugunsten einer besseren Übersichtlichkeit – während die Kommission die Vollständigkeit in den Blick nehmen musste – eine Einteilung in Problemkomplexe gegenüber, die jeweils gleichgelagerte Regelungsmaterien in den verschiedenen Gesetzen übergreifend behandelt.

b. Landesjustizrat

Den Änderungen am Landesjustizrat⁴⁵⁹ (Krajowa Rada Sądownictwa, KRS) ist voranzustellen, dass Polen, ähnlich anderen osteuropäischen Ländern, aber auch z.B. mit Parallelen zu den Niederlanden oder Frankreich, mit dem Justizrat und der Richterschule zwei Staatsorgane kennt, die in Mitteleuropa unbekannt sind, Entsprechung aber in einigen romanischen Ländern finden. Der Justizrat mit Sitz in Warschau ist als Verfassungsort zentral für die Ernennung und Auswahl von Richtern zuständig, die

458 Vgl. Europäische Kommission, Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union zur Rechtsstaatlichkeit in Polen für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, COM(2017) 835 final, 2017/0360 (NLE), vom 20.12.2017, Rn. 114 ff., geteilt nach „Gesetz über das Oberste Gericht“, Rn. 115-136 (mit teils thematischer Abschichtung), „Gesetz über den Landesrat für Gerichtswesen [scil.: Landesrichterrat]“, Rn. 137-145, nach „Gesetz über die ordentlichen Gerichte“, Rn. 146-163 (mit teils thematischer Abschichtung), und „weitere Rechtsvorschriften“, Rn. 164-170.

459 Die Bezeichnung folgt hier der in den Dokumenten des Gerichtshofs überwiegenden Übersetzung. Alternativ findet sich im Deutschen auch die Übersetzung als „Landesrichterrat“, vgl. EuGH, Verb. Rs. C-585/18 u.a., A.K. /. Krajowa Rada Sądownictwa, CP, DO /. Sąd Najwyższy, Schlussanträge des Generalanwalts Evgeni Tanchev vom 27.10.2019, Rn. 32. Im Französischen lautet die Übersetzung, soweit ersichtlich, einheitlich „Conseil/conseil national de la magistrature“, im Englischen ist die Bezeichnung „National Council of the Judiciary (statt vieler vgl. Rs. C-192/18, etwa Rn. 41 und 43 d. Urt.), abweichend auch „National Council for the Judiciary“ (Klage zur Rs. C-791/19, ABl. (EU) C 413/36 vom 09.12.2019) anzutreffen, was als „Nationaler Justizrat“ zu übersetzen wäre. Sofern sich letztere Bezeichnung im Text findet, ist das hier genannte Organ gemeint.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

zuvor die sog. Nationale Richterschule (ähnlich dem in Frankreich anzu treffenden Modell) durchlaufen haben.⁴⁶⁰

Die neue Rechtslage ändert insbesondere die Zusammensetzung des Justizrates und baut die Möglichkeit von Regierung und Parlament aus, durch Bestellung seiner Mitglieder mittelbar auf die Auswahl späterer Richter Einfluss zu nehmen.

Sowohl die Venedig-Kommission⁴⁶¹ als auch später, zu Teilfragen, der EuGH⁴⁶² haben zu den Änderungen Stellung bezogen. Die Venedig-Kommission bemängelte in ihrem Gutachten insbesondere, dass die rechtlichen Änderungen die bislang durch die polnische Justiz autonom bestellten Mitglieder einem Vorschlag durch die Öffentlichkeit oder Parlamentarier und Wahl durch den Sejm selbst unterwarfen, womit eine vollständige Politisierung und Einflussnahme durch die Regierung auf die Zusammensetzung des Landesjustizrates möglich wurde. Dieser Vorgang wurde noch verstärkt durch eine Verkürzung von Mandatszeiten und „Zusammenlegung“ von Mandaten, womit Regierung und Sejm unmittelbar die Ernennung aller 15 zuvor durch die Gerichtsbarkeit ernannten Mitglieder des Rates zugefallen wäre.⁴⁶³ Die Kommission merkte hierzu vor dem Europäischen Gerichtshof an, die Änderungen führten dazu, „dass ihre Unabhängigkeit angezweifelt werden könne“.⁴⁶⁴

-
- 460 Darstellung der Diskussion um die Vorzüge und Nachteile von Justizräten mit rechtsvergleichenden Überlegungen bei Mareike Jeschke, „Justizielle Autonomie in Europa“, in: Peter-Alexis Albrecht (Hrsg.), Autonomie für eine Dritte Gewalt in Europa: Transferaufgabe für aufgeklärte Gesellschaften der Vernunft, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin, 2016, S. 495-818, S. 515 ff.; s. aber auch die übrigen Beiträge in diesem Band zur gesamten Breite der Diskussion.
- 461 Venedig-Kommission, CDL-AD(2017)031, Opinion no. 904/2017, Poland - Opinion on the Draft Act amending the Act on the National Council of the Judiciary; on the Draft Act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts vom 11.12.2017, Rn. 15 ff. EuGH, Rs. Verb. Rs. C-585/18, C-624/18 und C-625/18, A. K. /. Krajowa Rada Sądownictwa u.a., Urteil (GK) vom 19.11.2018, ECLI:EU:C:2019:982, insb. Rn. 73 ff.
- 462 S. insb. EuGH, EuGH, Rs. C-619/18 R, Kommission /. Polen, „Unabhängigkeit des Obersten Gerichts“, Urteil (GK) vom 24.06.2019, ECLI:EU:C:2019:531.
- 463 Venedig-Kommission, CDL-AD(2017)031, Poland, Opinion no. 904/2017, Opinion on the Draft Act amending the Act on the National Council of the Judiciary; on the Draft Act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts, vom 11.12.2017, Rn. 19-31.
- 464 EuGH, Rs. C-619/18 R, Kommission /. Polen, „Unabhängigkeit des Obersten Gerichts“, Urteil (GK) vom 24.06.2019, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 100.

c. Entlassung, Berufung und Disziplinierung der Gerichtsbarkeit

Im Hinblick auf den Obersten Gerichtshof und die ordentlichen Gerichte bietet es sich an, nach den Problemkomplexen Entlassung bereits ernannter, Berufung neuer und Disziplinierung verbleibender Richter zu unterscheiden, und zwar übergreifend für die verschiedenen Gerichte, obwohl Rechtsgrundlage und Regelungen zwischen Oberstem Gerichtshof und der ordentlichen Gerichtsbarkeit variieren.

Zu beginnen ist mit der Frage der Entlassung, die stark an ein Gesetzesvorhaben Ungarns erinnert, welches ebenso Gegenstand einer Entscheidung des EuGH wurde.⁴⁶⁵

Für den polnischen Obersten Gerichtshof wurde das Pensionierungsalter für Richter durch ein Gesetz mit dessen Inkrafttreten zum 3. April 2018 generell von 70 auf 65 Jahre herabgesetzt.⁴⁶⁶ Für die ordentliche Gerichtsbarkeit war die Herabsetzung ebenso auf 65 Jahre vorgesehen, das dortige vorherige Pensionsalter betrug im Grundsatz 67 Jahre, bei Verlängerung auf Antrag maximal 70 Jahre.⁴⁶⁷ Nachträglich wurde mit Wirkung zum 1. Oktober 2017, erneut geändert mit Wirkung zum 23. Mai 2018,⁴⁶⁸ eine Unterscheidung von Männern und Frauen eingeführt, wobei für Frauen das Pensionsalter nun schon 60 Jahre betrug.⁴⁶⁹ Diese Änderungen galt auch für die Staatsanwaltschaft.⁴⁷⁰ Die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die Ruhegehälter der Betroffenen, insbesondere aufgrund der Berücksichtigung der jeweils letzten aktiven Gehälter für deren Berech-

465 EuGH, Rs. C-286/12, Kommission /. Ungarn, „Ungarische Richterpensionierung“, Urteil vom 06.11.2012, ECLI:EU:C:2012:687, dazu Näheres im nachfolgenden Abschnitt zu Ungarn.

466 EuGH, Rs. C-619/18 R, Kommission /. Polen, „Unabhängigkeit des Obersten Gerichts“, Urteil (GK) vom 24.06.2019, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 10-11.

467 Vgl. EuGH, Rs. C-192/18, Kommission /. Polen, „Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit“. Urteil (GK) vom 05.11.2019, ECLI:EU:C:2019:924, Rn. 15-17.

468 Zu den daraus sich ergebenden Fragen EuGH, Rs. C-619/18 R, Kommission /. Polen, „Unabhängigkeit des Obersten Gerichts“, Urteil (GK) vom 24.06.2019, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 41 ff. Der Gerichtshof hat es abgelehnt, deswegen auf eine Erledigung zu erkennen.

469 EuGH, Rs. C-192/18, Kommission /. Polen, „Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit“. Urteil (GK) vom 05.11.2019, ECLI:EU:C:2019:924, Rn. 15-18.

470 EuGH, Rs. C-192/18, Kommission /. Polen, „Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit“. Urteil (GK) vom 05.11.2019, ECLI:EU:C:2019:924, Rn. 25.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

nung, waren ebenso Gegenstand des streitigen Verfahrens, wurden vom Gerichtshof auch beanstandet,⁴⁷¹ sollen hier aber zurückstehen.

Für beide Gerichte wurde durch die Änderungsgesetze die Möglichkeit für die Exekutive geschaffen, die Mandate der durch die Pensionierung betroffenen Richter zu verlängern. Für den Obersten Gerichtshof fällt dieses Recht dem Staatspräsidenten, für die ordentlichen Gerichte dem Justizminister zu.⁴⁷² Die Verfahren zur Mandatsverlängerung über die Pensionsgrenze hinaus stehen weitestgehend im freien Ermessen von Präsident bzw. Minister und sehen keinen Rechtsschutz vor.⁴⁷³ Für den Obersten Gerichtshof insbesondere hatten die Betroffenen nach dem o.g. Gesetz vom 3. April 2018 für einen maximal 3 Jahre dauernden Zeitraum, der einmal verlängert werden konnte, den Staatspräsidenten um dessen Zustimmung zu bitten.⁴⁷⁴ Die Betroffenzahlen variierten dabei. Hatte der Oberste Gerichtshof selbst die Anzahl auf 31 (37%) der insgesamt 83 Richter beziffert und die Europäische Kommission diese Zahl zunächst übernommen,⁴⁷⁵ spricht sie in späteren Erklärungen von immerhin noch 27 Richtern.⁴⁷⁶ Betroffen durch die Pensionierung am Obersten Gerichtshof war insbesondere auch dessen Erste Präsidentin (Gerichtspräsidentin),

-
- 471 S. dazu EuGH, Rs. C-192/18, Kommission ./ Polen, „Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit“. Urteil (GK) vom 05.11.2019, ECLI:EU:C:2019:924, Rn. 58 ff. 78; Im Verfahren betreffend den obersten Gerichtshof waren Pensionsfragen nur sekundär von Interesse, vgl. EuGH, Rs. C-619/18 R, Kommission ./ Polen, „Unabhängigkeit des Obersten Gerichts“, Urteil (GK) vom 24.06.2019, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 106.
- 472 Europäische Kommission, Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union zur Rechtsstaatlichkeit in Polen für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, COM(2017) 835 final, 2017/0360 (NLE) vom 20.12.2017, Rn. 124, 147.
- 473 Europäische Kommission, European Commission statement on the judgment of the European Court of Justice on Poland's Supreme Court law, vom 24.06.2019, STATEMENT/19/3376, S. 1.
- 474 Europäische Kommission, European Commission statement on the judgment of the European Court of Justice on Poland's Supreme Court law, vom 24.06.2019, STATEMENT/19/3376, S. 1.
- 475 Europäische Kommission, Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union zur Rechtsstaatlichkeit in Polen für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, COM(2017) 835 final, 2017/0360 (NLE) vom 20.12.2017, Rn. 116.
- 476 Europäische Kommission, European Commission statement on the judgment of the European Court of Justice on Poland's Supreme Court law, vom 24.06.2019, STATEMENT/19/3376, S. 1.

Małgorzata Gersdorf, der sie sich, bis zu ihrem ordentlichen Ausscheiden aus dem Amt Ende April 2020, erfolgreich widersetzte.⁴⁷⁷ Für die ordentlichen Gerichte sind genaue Zahlen nicht bekannt, sie müssen aber naturgemäß weitaus höher liegen.

Die Europäische Kommission schreibt daher in Bezug auf den Obersten Gerichtshof, die betroffenen Richter seien „ganz dem Gutdünken des Präsidenten der Republik ausgeliefert.“⁴⁷⁸ Die Möglichkeit der nach freiem Ermessen erfolgenden Aufhebung der zuvor gesetzlich verordneten Pensionierung soll offensichtlich dazu dienen, politisch genehme Richter im Amt zu belassen oder den Anreiz zu schaffen, sich durch Ausdruck entsprechender Gesinnung den entscheidenden Stellen anzudienen. In der Praxis lag die Erfolgsquote der Anträge bei lediglich ca. 53 %.⁴⁷⁹

Sowohl am Obersten Gerichtshof als auch an den ordentlichen Gerichten wird zudem für den Justizminister die Möglichkeit geschaffen, die Gerichtspräsidenten gesondert abzuberufen, nämlich im Falle eines „ernsthaften oder anhaltenden Versagens [des Gerichtspräsidenten] bei der Ausführung seiner Amtspflichten“, im Falle „anderer Gründe, [die] das Verbleiben im Amt mit der ordentlichen Ausführung richterlicher Tätigkeit unvereinbar machen“ sowie bei „außerordentlich ineffizienter“ Amtsausführung. Die Venedig-Kommission befand diese Vorgaben für „recht vage“ und ohne Ermessenseingrenzung gegenüber dem Minister.⁴⁸⁰

477 Vgl. den unverändert aufrechterhaltenen biographischen Eintrag auf der Webseite des polnischen Obersten Gerichtshofs, abrufbar unter: http://www.sn.pl/os_adzienajwyzszym/SitePages/Organizacja.aspx?ListName=Org_PPSN&ItemSID=1-f3401771-a994-4154-aacb-2602671d3fb5.

478 Europäische Kommission, Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union zur Rechtsstaatlichkeit in Polen für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, COM(2017) 835 final, 2017/0360 (NLE) vom 20.12.2017, Rn. 124, in der englischen Fassung heißt es noch treffender „at the mercy‘ of the decision of the President [...].“

479 Nach Małgorzata Szuleka, „New retirement rules for Polish judges contravene EU law – according to Advocate General“ vom 20.06.2019, abrufbar unter <https://ruleoflaw.pl/new-retirement-rules-for-polish-judges-contravene-eu-law-according-to-advocate-general/>. Demnach gingen bis Juni 2019 130 Anträge beim Justizminister ein, von denen 69 bewilligt, 61 abgelehnt wurden.

480 Venedig-Kommission, Opinion No. 904/2017, Poland - Opinion on the Draft Act amending the Act on the National Council of the Judiciary; on the Draft Act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts vom 11.12.2017, Rn. 105. Meine Übersetzung nach der dortigen englischen

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

Ebenso rügte die Venedig-Kommission die potentiellen Auswirkungen im Gerichtsalltag, etwa im Rahmen des Deputatzuschnitts für Richter.⁴⁸¹ Für die ordentliche Gerichtsbarkeit wurde von den Entlassungen in dramatischem Ausmaß Gebrauch gemacht. Zwischen August 2017 und Februar 2018 allein wurden 140 Präsidenten und Vizepräsidenten diverser Instanzergerichte nach Gutdünken der vollziehenden Gewalt abberufen.⁴⁸²

Die Gesetzesvorhaben machten aber bei der Entlassung von Richtern nicht halt, sondern betrafen auch die Ernennung neuer Richter. Der polnische Präsident ging im Oktober 2018 dazu über, ungeachtet der laufenden Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof und betreffend Art. 7 EUV auf die 27 vakanten Stellen am polnischen Obersten Gerichtshof Nachfolger zu berufen.⁴⁸³ Durch zusätzliche Ausschreibungen im März 2018 war die Gesamtzahl der offenen Stellen im Sommer 2018 auf insgesamt 44 gestiegen, dies schloss auch völlig neu geschaffene Stellen ein.⁴⁸⁴

Aufgrund der Entschlossenheit der Europäischen Kommission, diese Vorgänge vor dem Gerichtshof für rechtswidrig befunden zu sehen, rüderte der Sejm mit einem Gesetz, das zum 1. Januar 2019 in Kraft trat, durch Aussetzung der Pensionierungsmaßnahmen zurück und trug anschließend vor dem Gerichtshof vor, der Streitgegenstand habe sich erledigt. Kommission und Gerichtshof schlossen sich dem nicht an und befanden, die wirkliche Vereinbarkeit der Maßnahmen bedürfe gleichwohl der Klärung.⁴⁸⁵

Übersetzung aus dem Original. Wohl mit Rücksicht auf Entlassungsgründe in anderen Rechtsordnungen beließ es die Venedig-Kommission bei dem abgemilderten Befund „recht vage“, dazu weiter, auch rechtsvergleichend, Rn. 100 ff.

- 481 Venedig-Kommission, Opinion No. 904/2017, Poland - Opinion on the Draft Act amending the Act on the National Council of the Judiciary; on the Draft Act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts vom 11.12.2017, Rn. 71-72.
- 482 Zu den Zahlen Małgorzata Szuleka, „New retirement rules for Polish judges contravene EU law – according to Advocate General“ vom 20.06.2019, abrufbar unter <https://ruleoflaw.pl/new-retirement-rules-for-polish-judges-contravene-eu-law-according-to-advocate-general/>.
- 483 Vgl. etwa BBC, “Poland defies EU over Supreme Court judge appointments” vom 10.10.2018, abrufbar unter: <https://www.bbc.com/news/world-europe-45816561>.
- 484 EuGH, Rs. C-619/18 R, „Unabhängigkeit des Obersten Gerichts“, Beschluss der Vizepräsidentin des Gerichtshofs vom 19. Oktober 2019, ECLI:EU:C:2018:852, Rn. 18 und ff, in franz. Spr.
- 485 EuGH, Rs. C-619/18 R, Kommission ./ Polen, „Unabhängigkeit des Obersten Gerichts“, Urteil (GK) vom 24.06.2019, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 27-31.

Schließlich schuf die Gesetzesnovelle über das Oberste Gericht jenseits der Frage der Richterpensionierung und -neuerennennung auch weitere Probleme. Die Kommission bemängelte insbesondere umfassende Disziplinarmöglichkeiten gegen Richter, bei denen ggf. auch rechtswidrig erlangte Beweismittel verwendet werden konnten und bei denen die Verjährung zum Nachteil der Richter „für die Dauer des Disziplinarverfahrens ausgesetzt“ war, „sodass ein Richter zeitlich unbegrenzt Gegenstand eines Verfahrens sein“ konnte.⁴⁸⁶ Im Jahresverlauf 2019 wurde diese Gesetzgebung nochmals drastisch verschärft. Nach neuer Rechtslage dürfen Richter die Ernennung anderer Richter und deren Rechtsprechung nicht mehr kritisieren und sich nicht politisch betätigen. Bei Zuwiderhandlung können sie mit Bußgeldern belegt oder sogar entlassen werden.⁴⁸⁷ Darauf wird im folgenden Abschnitt nochmals eingegangen.

Darüber hinaus schuf das Gesetz zwei neue Kammern am polnischen Obersten Gerichtshof, die darüber hinaus mit neuen Richtern besetzt wurden. Bei beiden Kammern sollen ad hoc durch den Senat ernannte ehrenamtliche Richter mitwirken.⁴⁸⁸ Einer ersten Kammer wurden Kompetenzen über „außerordentliche Rechtsbehelfe“ zugewiesen.⁴⁸⁹ Hieraus erwuchs die Kompetenz, mittels neuen „außerordentlichen Rechtsbehelfs“ nach Zustimmung des Justizministers und Generalstaatsanwalts, binnen 20 Jahren beliebige, rechtskräftige Urteile aller Instanzen der ordentlichen Gerichtsbarkeit und mit Einschränkungen des Obersten Gerichtshofs

-
- 486 S. Europäische Kommission, Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union zur Rechtsstaatlichkeit in Polen für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, COM(2017) 835 final, 2017/0360 (NLE) vom 20.12.2017, Rn. 134-135, Zitat Rn. 134.
- 487 New York Times, „In Poland, Controversial Legislation Restricting Judiciary Is Signed Into Law“, vom 04.02.2020.
- 488 Europäische Kommission, Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union zur Rechtsstaatlichkeit in Polen für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, COM(2017) 835 final, 2017/0360 (NLE) vom 20.12.2017, Rn. 136.
- 489 Europäische Kommission, Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union zur Rechtsstaatlichkeit in Polen für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, COM(2017) 835 final, 2017/0360 (NLE) vom 20.12.2017, Rn. 135-136.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

selbst einer Wiederaufnahme zu unterwerfen.⁴⁹⁰ Damit ist „jede Rechtssache, die in den vergangenen 20 Jahren in dem Land entschieden wurde, aus praktisch jedem Grund wieder aufzunehmen,“ womit die Endgültigkeit von Urteilen nicht mehr gewährleistet ist.⁴⁹¹ Der Kammer fällt auch, wie bereits geschildert, die Befugnis der Entscheidung über Wahlprüfungsbeschwerden zu. Außerdem standen nun allein dieser Kammer besondere Befugnisse, insbesondere im Hinblick der Überprüfung von Wahlen zum Sejm, zu. Einer weiteren, noch umstritteneren, Kammer, der sog. „Disziplinarkammer“, wurden die übrigen Richter des Obersten Gerichtshofs zwecks Disziplinarmaßnahmen unterworfen.⁴⁹² Die Kammer wurde Anfang 2020 gegen einen Richter am Obersten Gerichtshof tätig, entzog ihm seiner Tätigkeiten und sprach ihm 40 % seiner Dienstbezüge ab.⁴⁹³

Europäische Kommission und Europäischer Gerichtshof sind mit diversen Schritten gegen diese Entwicklungen vorgegangen. Alle Vorgänge sind im Grunde bereits umfassend im begründeten Vorschlag zur Einleitung des Verfahrens nach Art. 7 EUV berücksichtigt worden.⁴⁹⁴ Die polnische Regierung wiederum sieht die Änderungsbestrebungen von ihrem demokratischen Mandat gedeckt und hat sie vielfach verteidigt, in beachtlicher Form, da ad hoc, insbesondere in einem sog. „Weißbuch“ (White Paper)

490 Zu diesem Punkt insb. etwa Christian Davies, „Polish MPs pass judicial bills amid accusations of threat to democracy“, The Guardian vom 08.12.2017.

491 Vgl. Europäische Kommission, Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union zur Rechtsstaatlichkeit in Polen für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, COM(2017) 835 final, 2017/0360 (NLE), vom 20.12.2017, Rn. 128-131.

492 Europäische Kommission, Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union zur Rechtsstaatlichkeit in Polen für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, COM(2017) 835 final, 2017/0360 (NLE) vom 20.12.2017, Rn. 135-136.

493 New York Times, „In Poland, Controversial Legislation Restricting Judiciary Is Signed Into Law“, vom 04.02.2020, im Hinblick auf den Richter Paweł Juszczyzny, weiter auch Gerhard Gnauck, „Nach Kritik wird suspendiert“, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 07.01.2020.

494 Europäische Kommission, Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union zur Rechtsstaatlichkeit in Polen für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, COM(2017) 835 final, 2017/0360 (NLE) vom 20.12.2017, Rn. 91-170, Gesamtschau der Lage ab Rn. 171.

zur polnischen Justiz vom März 2018, das unmittelbar an die Europäische Kommission übersandt wurde.⁴⁹⁵

Die Venedig-Kommission, die Anfang 2020 in einer Stellungnahme die Reformen nochmals Revue passieren ließ, zeigte sich in höchstem Maße besorgt, nicht nur über die Auswirkungen der Gesetze auf die Unabhängigkeit der Justiz im Allgemeinen, sondern auch darüber, dass angesichts der zunehmend gegenläufigen Ansichten bei fortlaufenden Ernennungen von Richtern zwei Richterschaften entstehen könnten, von denen jede der anderen ihre Legitimität absprach:

„In sum, the Polish legal order faces a schism between the old judicial institutions and judges, on one side, and, on the other, those bodies and judges who were created/appointed on the basis of the new rules introduced by the legislative amendments of 2017. There is a risk of legal chaos with the decisions of some courts not recognised as valid by other courts.“⁴⁹⁶

d. „Maulkorbgesetz“ gegen die Gerichtsbarkeit

Als letzter und thematisch vierter, immer noch andauernder Vorgang, ist schließlich die zusätzliche Disziplinierung der Richter im Anschluss bzw. in unmittelbarer Parallel zu den Ende 2019 ergangenen Vertragsverletzungsurteilen im Hinblick auf den polnischen Obersten Gerichtshof und die ordentliche Gerichtsbarkeit zu nennen. Die entsprechenden Gesetzesänderungen sind am 20.12.2019 vom Sejm zunächst angenommen,⁴⁹⁷ im Senat dann verworfen und schließlich doch unter schärfster Kritik der

495 Kanzlei des polnischen Premierministers, White Paper on the Reform of the Polish Judiciary vom 07.03.2018.

496 Venedig-Kommission, CDL-PI(2020)002, Opinion No. 977/2019, Joint Urgent Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on Amendments to the Law on the Common Courts, the Law on the Supreme Court, and some other laws vom 16.01.2020, Rn. 17.

497 Venedig-Kommission, CDL-PI(2020)002, Opinion No. 977/2019, Joint Urgent Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on Amendments to the Law on the Common Courts, the Law on the Supreme Court, and some other laws vom 16.01.2020, Einleitung, S. 1.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

Opposition in Kraft getreten.⁴⁹⁸ Sie war zu Jahresanfang 2020 Gegenstand einer „urgent opinion“ der Venedig-Kommission, erstellt zusammen mit der Generaldirektion für Menschenrechte des Europarates.⁴⁹⁹ Die PiS-Regierung verteidigte die Reform als aufgrund von Korporatismus, Korruption, Ineffizienz und verbleibenden kommunistischen Tendenzen in der polnischen Gerichtsbarkeit als notwendig⁵⁰⁰ und griff damit Motive zur Verteidigung auf, die sie bereits 2018 mit dem o.g. sog. „Weißbuch“ an die Kommission vorgetragen hatte.⁵⁰¹

Mit der landläufig als sog. „Maulkorbgesetz“ bezeichneten Gesetzesänderung ist es Richtern künftig unter Androhung einer Disziplinarstrafe verboten, „die Ernennung von Richtern“ oder die „Gültigkeit [scil.: Integrität] eines Verfassungsorgans“ infrage zu stellen. Außerdem ist den Richtern „öffentliche Tätigkeit, die mit dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit unvereinbar sind“ sowie die richterliche Aussprache zu „politischen Angelegenheiten“ untersagt.⁵⁰² Auch die Mitgliedschaft in Vereinigungen, d.h. insbesondere im polnischen Richterbund u.ä., muss angezeigt werden.⁵⁰³ Verstöße werden nicht von der neuen Disziplinarkammer am Obersten Gerichtshof, sondern – etwas überra-

498 Vgl. Florian Kellermann, „Justizreform in Polen Parlament verabschiedet sogenanntes Maulkorbgesetz“, Deutschlandfunk vom 24.01.2020.

499 Venedig-Kommission, CDL-PI(2020)002, Opinion No. 977/2019, Joint Urgent Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on Amendments to the Law on the Common Courts, the Law on the Supreme Court, and some other laws vom 16.01.2020.

500 Vgl. zur Darstellung der Motivlage Venedig-Kommission, CDL-PI(2020)002, Opinion No. 977/2019, Joint Urgent Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on Amendments to the Law on the Common Courts, the Law on the Supreme Court, and some other laws vom 16.01.2020, Rn. 12.

501 Kanzlei des polnischen Premierministers, White Paper on the Reform of the Polish Judiciary vom 07.03.2018, vgl. dort Rn. 1 ff. zu den angeführten Mängeln im polnischen Justizsystem.

502 Venedig-Kommission, CDL-PI(2020)002, Opinion No. 977/2019, Joint Urgent Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on Amendments to the Law on the Common Courts, the Law on the Supreme Court, and some other laws vom 16.01.2020, Rn. 24.

503 Venedig-Kommission, CDL-PI(2020)002, Opinion No. 977/2019, Joint Urgent Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on Amendments to the Law on the Common Courts, the Law on the Supreme Court, and some other laws vom 16.01.2020, Rn. 29.

schend – von der Kammer für außerordentliche Rechtsbehelfe verfolgt.⁵⁰⁴ Auch wurde nochmals die Gesetzesgrundlage zur Wahl des Präsidenten des Obersten Gerichtshof geändert. Die Venedig-Kommission bemängelte, dass der Gerichtspräsident, statt wie vor 2017 unter zwei, nun von einer Liste aus fünf Kandidaten zu wählen war, was das Risiko mangelnder Unterstützung seitens der Richterschaft drastisch erhöhte, da der Staatspräsident, der die Wahl zu treffen hatte, an den Vorschlag nicht gebunden war. Zudem wurde die Möglichkeit geschaffen, einen Kandidaten *ad interim* rein exekutiv durch den Staatspräsidenten zu ernennen.⁵⁰⁵ Dabei sind, in absteigender Reihenfolge, diejenigen Kandidaten mit den meisten Stimmen auf die Liste zu setzen. Bei der Auswahl aus dieser Liste ist der Staatspräsident indes frei. Galt dies zuvor, bei zwei Kandidaten, als Ausdruck politischer Machtbalance zwischen Gericht und Gubernative, so fürchtete die Venedig-Kommission, dass bei fünf Kandidaten, von denen z.B. der letzte nur eine kleine Minderheit des Kollegiums hinter sich versammelte, der Staatspräsident aus politischen Gründen auch diesen Kandidaten ernennen und damit die Abstimmung der Kollegiumsmehrheit beim Gericht unterlaufen könnte.⁵⁰⁶

Die Venedig-Kommission stellte, beachtlich für eine Einrichtung des Europarats, eine klare Unvereinbarkeit und direkten Konflikt mit Grundentscheidungen des Unionsrechts fest. Sie seien von Einwänden, wie sie etwa das deutsche Bundesverfassungsgericht mit seiner „Verfassungsidentitätslehre“ geltend gemacht habe, deutlich zu unterscheiden.⁵⁰⁷

504 Venedig-Kommission, CDL-PI(2020)002, Opinion No. 977/2019, Joint Urgent Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on Amendments to the Law on the Common Courts, the Law on the Supreme Court, and some other laws vom 16.01.2020, Rn. 35.

505 Venedig-Kommission, CDL-PI(2020)002, Opinion No. 977/2019, Joint Urgent Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on Amendments to the Law on the Common Courts, the Law on the Supreme Court, and some other laws vom 16.01.2020, Rn. 54.

506 Venedig-Kommission, CDL-PI(2020)002, Opinion No. 977/2019, Joint Urgent Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on Amendments to the Law on the Common Courts, the Law on the Supreme Court, and some other laws vom 16.01.2020, Rn. 52-54.

507 Venedig-Kommission, CDL-PI(2020)002, Opinion No. 977/2019, Joint Urgent Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on Amendments to the

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

5. Zwischenergebnis zu Polen

Die Auswirkungen der Umbrüche in Polen sind von höchster Dramatik. Die Bedenken über sie spiegeln sich auch in der Öffentlichkeit wider, wobei hier zunächst auf die zahlreichen Demonstrationen, die seit 2015 in Polen stattgefunden haben, zu verweisen ist. Auch in Statistiken zur Wahrnehmung der Justiz schlagen sie sich nieder. Das Land ist im Hinblick auf die öffentliche Wahrnehmung der Unabhängigkeit der Justiz zwischen 2017 und 2019 um über 10 Prozentpunkte abgestürzt,⁵⁰⁸ auch wenn es nicht das Schlusslicht in Europa bildet. Hierin verdeutlicht sich einmal mehr die später noch zu diskutierende Diskrepanz zwischen der Qualität der Justiz im Allgemeinen und politischen Attacken auf die Rechtsstaatlichkeit im Besonderen. Auch andere Indizes, wie der sog. „Ease of Doing Business“-Index, zeigen dramatische Verschlechterungen. Zwischen 2017 und 2020 ist ein Absturz um 16 Plätze zu verzeichnen.⁵⁰⁹

Derart statistische Verschiebungen stehen indes hinter der materiell-rechtlichen Tragweite, wie sie oben dargestellt wurde, weit zurück.

In der Natur der Vorgänge sind die Umbrüche in Polen, gerade im direkten Kontrast zum folgenden Beispiel Ungarn trotz ihrer frappierenden Wirkung linear, direkt und erstaunlich offen abgelaufen. Zwar hat es Momente innerhalb der Entwicklung gegeben, in denen die PiS taktisch subtiler verfahren ist, wie z.B. die geschilderte Ernennung neuer Verfassungsrichter zur Nachtzeit. Es ist ebenso nicht unerheblich, dass 2015 und 2019 Gesetze im Wesentlichen zum Jahresende und damit in die sowohl für die betroffenen Akteure hektischen wie auch in der Öffentlichkeit wenig mit Aufmerksamkeit bedachten Weihnachtsfeiertage, die im katholischen Polen beachtliche Bedeutung haben, gefallen sind. Aber im Übrigen hat die Regierung der PiS und vor allem ihre parlamentarische

Law on the Common Courts, the Law on the Supreme Court, and some other laws vom 16.01.2020, Rn. 38.

- 508 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-Justizbarometer 2019, COM(2019) 198 final vom 26.04.2019, S. 55 Schaubild 47, „Wahrnehmung der Unabhängigkeit von Gerichten und Richtern durch die breite Öffentlichkeit“. Am schlechtesten wird, auch in den folgenden Schaubildern, konsistent Kroatien bewertet.
- 509 Vgl. die auf den Daten der Weltbank beruhende Gegenüberstellung nach Jahren: https://de.wikipedia.org/wiki/Ease_of_Doing_Business_Index. 2017 befand sich Polen auf Platz 24 aller indizierten Staaten, 2020 auf Platz 40.

Mehrheit Stück für Stück und ohne dass dies für Beobachter schwer erkennbar gewesen wäre, ihre Pläne umgesetzt.

Am besten fasst die Brisanz der Entwicklung meines Erachtens daher der damalige Erste Vizepräsident der Kommission, Timmermans, 2017 in einer Rede vor dem Europäischen Parlament zusammen. Er war zugleich entsetzt über die Auswirkungen in Polen, wie auch über die standhafte Weigerung der polnischen Stellen, einen Schritt auf die Kommission zuzugehen, und hielt fest:

„you know the old joke about the ‘ghost rider’ [driving the wrong way on the motorway]. Somebody is sitting in his car listening to the radio, and on the radio the announcer says ‘Be careful, on the A2 there is a ghost rider driving the other way’ and the person sitting in the car says: ‘One? I see hundreds!’ This is how I would react [...]. It is not the European Commission only. It is not the European Parliament only. It is organisations of European judges, it is the Venice Commission, it is the United Nations. Are all these people wrong?“⁵¹⁰

Sadurski schließlich sah in den Vorgängen in Polen die Versinnbildlichung einer

„taxonomy of three main strategies— as described by Levitsky and Ziblatt in their recent book under the ominous title *How Democracies Die*— that elected authoritarians use in order to consolidate their power: capturing the referees, sidelining the key players, and rewriting the rules ,to tilt the playing field against opponents“. PiS attempted, with varying success, all three of these strategies.“⁵¹¹

Schließen möchte ich indes nochmals mit dem jüngsten Gutachten der Venedig-Kommission. Diese gelangt darin zu dem Schluss, die durch den Sejm erlassenen Änderungen gingen soweit, vorangegangene EuGH-Urteile quasi zu annullieren und sich in offene Abweichung („open defiance“) zu diesem und zum Unionsrecht insgesamt zu setzen.⁵¹² Die polnische

510 Europäisches Parlament, Replik von Frans Timmermans in der Aussprache vom 15.11.2017, „Die Lage der Rechtstaatlichkeit und der Demokratie in Polen (Aussprache)“, CRE 15/11/2017 – 7.

511 Wojciech Sadurski, Poland’s Constitutional Breakdown, S. 261.

512 Venedig-Kommission, CDL-PI(2020)002, Opinion No. 977/2019, Joint Urgent Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on Amendments to the Law on the Common Courts, the Law on the Supreme Court, and some other laws vom 16.01.2020, Rn. 38.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

Regierung hatte in einem Memorandum zu den Änderungen u.a. geltend gemacht, sie folgten der auch in Deutschland bekannten Verfassungsideitatslehre. Dies sah die Venedig-Kommission völlig anders. Die Regelungen seien geeignet, jeglichen Dialog zwischen nationalen Gerichten und EuGH zu unterbinden und ermöglichen, im nationalen Streitfall, ein späteres Urteil des polnischen Verfassungsgerichts, das sich offen gegen den Vorrang des Unionsrechts stelle.

Das ist die wohl dramatischste Feststellung, die ein begutachtendes Gremium zur Frage einer verfassungsrechtlichen Rechtsverletzung durch einen Mitgliedstaat festzustellen in der Lage ist. Sie stellt einen bis dato in dieser Deutlichkeit in der gesamten Geschichte der Europäischen Union unerreichten Höhepunkt eines Konfliktes zwischen einem Mitgliedstaat und der supranationalen Rechtsordnung dar, der dieser Mitgliedstaat aus freien Stücken beigetreten ist.

IV. Ungarn

1. Übersicht

Die rechtsstaatsbezogene Entwicklung in Ungarn steht an Schwere den Entwicklungen in Polen nicht nach.

Fungiert Polen, wie ich in meiner Einleitung zu den dortigen Entwicklungen festhielt, als „Katalysator“ der Krise, so ist in Ungarn die gesamte gesellschaftliche Tragweite der gegenwärtigen Rechtsstaatlichkeitskrise aufgezeigt.

Gegenüber Polen ergeben sich dabei im Charakter der Krise in Ungarn deutliche Unterschiede. Die Krise in Polen ist, trotz Tangierung etwa auch der staatlichen Medien, im Wesentlichen monothematisch, sie betrifft die Justiz. Die Vorgänge in Ungarn sind polythematisch, d.h. im Hinblick auf Dauer, Art des Vorgangs, betroffene Rechtsgüter und -subjekte deutlich heterogener als in Polen. Die Darstellung z.B. bei Möllers und Schneider zeigt, dass die in Ungarn seitens der Regierung von *Viktor Orbán* und seiner Partei *Fidesz* seit 2010 unternommenen Änderungen vorrangig auf diverse Verwirklichungsfelder der Zivilgesellschaft abzielen, darunter die Medien- oder die Forschungsfreiheit.⁵¹³ Ihre Verknüpfung erfahren sie indes durch einen stets gleich gelagerten Vorsatz der staatlichen Handelnden

⁵¹³ Christoph Möllers & Linda Schneider, Demokratisierung in der Europäischen Union, S. 53 ff; weiter auch Paul Lendvai, Orbán, S. 101 ff.

und eine klar herauszuarbeitende Finalität der Maßnahmen, sodass man zugesetzt auch von einer „Tatmehrheit“ sprechen könnte.

Ein weiteres verklammerndes Motiv für die Vorgänge in Ungarn ist, dass nach politischer Vereinnahmung der Justiz (also den Vorgängen in Polen nicht unähnlich), durch schnelle, erratische und unübersichtliche, die Schwächen des Gesetzgebungsprozesses ausnutzende Änderungen materiell-rechtliche Fakten geschaffen wurden. Man kann von einer Pervertierung und Unterwanderung des Gesetzgebungsprozesses sprechen. Wie in Polen genießt die Regierung in Ungarn breite demokratische Legitimierung, auch wenn dort Änderungen des Wahlrechts ihre Mehrheiten ungewöhnlich deutlich machen. Das vermag aber diese Änderungen nicht pauschal zu legitimieren.

Aufgrund der Überlegung, dass die Vorgänge in Ungarn rechtsetzende Strukturen ausnutzen, materiell-rechtlich Gesetze diskriminierend zugeschnitten sind und der Rechtsschutz gegen sie unzureichend ist, bleibt die Figur des systemischen Defizits an *Rechtsstaatlichkeit* die treffendste. A fortiori ist dem hinzuzufügen, dass die bis dato jüngste Entwicklung, die seitens der Venedig-Kommission begutachtet worden ist, eine geplante, aber zurückgenommene Einführung einer neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit in Ungarn betraf, womit, wie in Polen, Umbrüche im nationalen Justizsystem zur Debatte standen.

Bevor ich mit der Darstellung beginne, ist zunächst, wie in Bezug auf Polen, die Quellenlage darzustellen.

Dabei besteht eine merkliche Diskrepanz in der Haltung der Unionsorgane gegenüber Ungarn im Vergleich zu Polen. Insbesondere hat sich die Europäische Kommission der Idee eines systemischen Defizits an Rechtsstaatlichkeit auch in Ungarn, im Unterschied zu Polen, lange verweigert.

Die damalige EU-Justizkommissarin *Věra Jourová* teilte 2015 mit, dass die Qualifizierung der Lage in Ungarn als systemisches Problem daran scheitere, dass sie zum einen mit verschiedenen Vertragsverletzungsverfahren angegangen würde und die ungarische Justiz zum anderen sich der Beanstandungen vorrangig annehmen müsse.⁵¹⁴

Frans Timmermans, der sich seinerzeit als Erster Vizepräsident der Kommission im Rahmen seines Rechtsstaatlichkeitsportfolios ebenso zur Lage in Ungarn äußerte, wiederholte noch kurz vor einer Plenardebattie im April 2017 unter Anwesenheit *Viktor Orbáns*, er sehe im Land „keine sys-

514 *Věra Jourová, Hungary: no systemic threat to democracy, says Commission, but concerns remain*, Presseerklärung des Europäischen Parlaments vom 02.12.2015, Nr. 20151201IPR05554.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

temische Bedrohung der Rechtsstaatlichkeit“.⁵¹⁵ Ausschlaggebend hierfür sei nicht, dass es in Ungarn nicht ausreichend Fälle gäbe, die ein „allgemeines Muster“ (general pattern) ergäben, sondern vielmehr, dass dieses im politischen Dialog mit den ungarischen Behörden und Verantwortlichen angegangen werden könne.

Die Europäische Kommission hat gegen Ungarn weder den EU-Rahmen von 2014 noch das Verfahren nach Art. 7 EUV eingeleitet oder öffentlich erwogen. Als entscheidender Faktor hierfür ist vorgebracht worden, dass die *Fidesz*, wie der damalige Kommissionspräsident Juncker, auf europäischer Ebene der Europäischen Volkspartei (EVP) angehört und innerhalb des Europäischen Parlaments auch der entsprechenden Fraktion. Die PiS wiederum gehört den Europäischen Konservativen und Reformern (ECR) an.⁵¹⁶ Ob die Parteigruppen- und Fraktionsidentität von *Fidesz* und Kommissionspräsidentschaft kausal für die relative Milde der Juncker-Kommission gegenüber Ungarn gewesen ist, lässt sich nicht nachweisen, eine Korrelation ist indes unbestreitbar.⁵¹⁷

Ein Ausschluss der *Fidesz* seitens der EVP ist, trotz Suspendierung der Mitgliedschaft, nicht erfolgt,⁵¹⁸ Gerüchte um einen möglichen freiwilligen Austritt und Zusammenschluss mit der PiS hielten zum Abschluss des Manuskripts an.⁵¹⁹

Mit der politischen Milde gegenüber Ungarn kontrastiert indes die Entschlossenheit der Europäischen Kommission, vorrangig gerichtlich gegen die Vorgänge in Ungarn vorzugehen. Die Rolle des Beaufsichtigenden seitens der Union ist vor diesem Hintergrund prominent auch durch das Europäische Parlament wahrgenommen worden, jedenfalls was die beiden Phasen der Beobachtung und Überprüfung angeht,⁵²⁰ und dies obwohl die Ausgangslage der Handlungen als Organ eine gänzlich andere ist.

515 Europäische Kommission, Read-out of the weekly meeting of the Juncker [Commission] by Frans Timmermans, First Vice-President of the EC, EbS-Reference I-136589, vom 12.04.2017, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/avservices/video/player.cfm?sitelang=en&ref=I136589>.

516 Überzeugend Charlemagne, „How Hungary’s leader, Viktor Orban, gets away with it“, The Economist, vom 02.04.2020.

517 Eine Kausalität sehen hingegen Christoph Möllers & Linda Schneider, Demokratisierung in der Europäischen Union, S. 63.

518 S. dazu Maïa de La Baume, „Fidesz MEPs remain in the EPP group, for now“, Politico, vom 26.03.2019.

519 Alexandra Brzozowski, „Fidesz-PiS talks point towards potential exit from EPP“, EurActiv vom 08.01.2020.

520 Diese Beobachtung teilen auch Christoph Möllers & Linda Schneider, Demokratisierung in der Europäischen Union, S. 63.

Das Parlament soll als pluralistisches Meinungsforum nicht nur keine geschlossene Linie verfolgen, sondern im Gegenteil eine solche ja gerade nicht entwickeln. Vielmehr soll sich dort die gesamte Bandbreite politischer Ansichten zur Rechtsstaatlichkeitskrise widerspiegeln. Das muss zu sehr unterschiedlichen Standpunkten und Wünschen nach Handlungen führen.

Ein plastisches Beispiel dafür ist der aus der Mitte der ECR-Fraktion eingebrachte Gegenentwurf zu den Entschließungen betreffend die Einleitung des Verfahrens nach Art. 7 EUV vom November 2017 bezüglich Polen,⁵²¹ in dem u.a. bestritten wird, dass die Kommission gem. Art. 7 Abs. 1 EUV eine eigenständige Funktion ausüben könne⁵²² oder dass es in ihrem Ermessen stehe, einen begründeten Vorschlag vorzulegen. Dort heißt es auch:

„in der Erwägung, dass Polen sein Eintreten für das Rechtsstaatsprinzip nie infrage gestellt hat; in der Erwägung, dass sich die Regierung bei der Durchführung der im Wahlkampf angekündigten Reformen nach ebendiesem Prinzip richtet“.⁵²³

Ungeachtet derartiger Besonderheiten und Heterogenität im Falle Polens hat die Parlamentsmehrheit gegen Ungarn regelmäßig deutliche Worte gefunden und dies obwohl die Fidesz dort der EVP-Fraktion angehört.

Ungarn war Gegenstand mehrerer Berichte des Plenums. Besonders hervorzuheben sind die nach ihren jeweiligen Berichterstattern hier die sog. Schöpflin-Stellungnahme,⁵²⁴ der sog. Tavares-Bericht,⁵²⁵ der sog. in 't-Veld-

521 Europäisches Parlament, Entschließungsantrag eingereicht im Anschluss an Erklärungen des Europäischen Rates [sic, Übersetzungsfehler, scil.: des Rates] und der Kommission gemäß Artikel 123 Absatz 2 der Geschäftsordnung zur Lage der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie in Polen (2017/2931(RSP)) [...] im Namen der ECR-Fraktion, B8-0594/2017 vom 06.11.2017.

522 Erwägungsgrund C des vorgenannten Entschließungsantrags.

523 Erwägungsgrund D des vorgenannten Entschließungsantrags.

524 Stellungnahme des Ausschusses für konstitutionelle Fragen für den Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres zur Einrichtung eines EU-Mechanismus für Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechte (2015/2254(INL)), Verfasser der Stellungnahme: György Schöpflin vom 16.06.2016, nachfolgend auch: Schöpflin-Stellungnahme.

525 Europäisches Parlament, Bericht über die Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Ungarn (gemäß der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2012), (2012/2130(INI)), Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Berichterstatter: Rui Tavares vom 24.06.2013, A7-0229/2013, nachfolgend auch: Tavares-Bericht.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

Bericht,⁵²⁶ mit dem das Parlament zugleich einen neuen Mechanismus im Unionsrecht vorgeschlagen hat, der sog. DRF-Pakt, und schließlich der sog. Sargentini-Bericht,⁵²⁷ der der Einleitung eines Verfahrens nach Art. 7 Abs. 1 EUV am 12.09.2018 durch das Europäische Parlament⁵²⁸ vorausging.

Der Tavares-Bericht vom Juni 2013 verdient dabei besondere Beachtung, denn er bezieht erstmals ausdrücklich Stellung zur Lage in Ungarn, nachdem das Europäische Parlament zuvor in mehreren Entschließungen Besorgnis über die Rechtsumbrüche in Ungarn seit 2010 geäußert hatte.⁵²⁹ Der Großteil des Berichts ist indes eine minutiose, dadurch aber auch ermüdende Aufstellung derjenigen Daten, die das Parlament zu seiner Besorgnis hinsichtlich der Lage in Ungarn erwogen haben. Die Akribie der Analytik ist für die Sachverhaltaufarbeitung durch diesen, wie auch für spätere Berichte, prägend. Diese Akribie schlägt sich etwa darin nieder, dass der Berichterstatter zu verschiedenen Gesetzesvorhaben in Ungarn

-
- 526 Bericht mit Empfehlungen an die Kommission zur Einrichtung eines EU-Mechanismus für Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Grundrechte (2015/2254(INL)) Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Berichterstatterin: Sophia in 't Veld, A8-0283/2016 vom 10.10.2016: nachfolgend auch: in 't Veld-Bericht.
- 527 Europäisches Parlament, Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Entwurf eines Berichts über einen Vorschlag, mit dem der Rat aufgefordert wird, im Einklang mit Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union festzustellen, dass die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Grundwerte der Europäischen Union durch Ungarn besteht (2017/2131(INL)), A8-0250/2018, Berichterstatterin: Judith Sargentini, nachfolgend auch: Sargentini-Bericht.
- 528 Europäisches Parlament, P8_TA(2018)0340 Die Lage in Ungarn, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. September 2018 zu einem Vorschlag, mit dem der Rat aufgefordert wird, im Einklang mit Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union festzustellen, dass die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Werte, auf die sich die Union gründet, durch Ungarn besteht (2017/2131(INL)), (2019/C 433/10), ABl. (EU) C 433/66 vom 23.12.2019.
- 529 Vorgehend: 1.: Europäisches Parlament, P7_TA(2012)0053 Politische Entwicklungen in Ungarn in letzter Zeit: Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2012 zu den aktuellen politischen Entwicklungen in Ungarn (2012/2511(RSP)), 2.: Europäisches Parlament, P7_TA(2011)0094 Mediengesetz in Ungarn: Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2011 zum Mediengesetz in Ungarn; 3.: P7_TA(2012)0053 Politische Entwicklungen in Ungarn in letzter Zeit: Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2012 zu den aktuellen politischen Entwicklungen in Ungarn (2012/2511(RSP)).

Stellung nimmt, einschließlich der Verabschiedung des neuen Grundgesetzes, deren Verfahrensgang kleinschrittig nachgezeichnet wird.⁵³⁰ Der Berichterstatter macht insbesondere folgende Feststellung:

„die Tragweite der umfassenden und systematischen verfassungsrechtlichen und institutionellen Reformen, die die neue ungarische Regierung und das neue Parlament Ungarns innerhalb einer außerordentlich kurzen Zeitspanne durchgeführt haben, [ist] beispiellos.“⁵³¹

Im Verlauf der Entwicklung ist Ungarn im Europäischen Parlament mindestens fünfmal auch Gegenstand allgemeiner Aussprachen im Plenum gewesen, erstmals 2012,⁵³² hiernach 2013,⁵³³ zweifach im Jahr 2015⁵³⁴ und dann im April 2017 im Rahmen einer Plenardebatte unter Anwesenheit von Premier Orbán, welcher eine Entschließung vom Mai 2017 nachfolgte.⁵³⁵ Nach Einleitung des Verfahrens nach Art. 7 EUV im September 2018

-
- 530 Europäisches Parlament, Bericht über die Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Ungarn (gemäß der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2012), (2012/2130(INI)), Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, vom 24.06.2013, A7-0229/2013, Berichterstatter: Rui Tavares, Rn. AB ff., II 1 und ff. zum neuen Grundgesetz insbesondere.
- 531 Europäisches Parlament, Bericht über die Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Ungarn (gemäß der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2012), (2012/2130(INI)), Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, vom 24.06.2013, A7-0229/2013, Berichterstatter: Rui Tavares, Erwägungsgrund Y.
- 532 Europäisches Parlament, P7_TA(2012)0053, Politische Entwicklungen in Ungarn in letzter Zeit, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2012 zu den aktuellen politischen Entwicklungen in Ungarn (2012/2511(RSP)).
- 533 Europäisches Parlament, P7_TA(2013)0315, Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Europa, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. Juli 2013 zu der Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Ungarn (gemäß der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2012), (2012/2130 (INI)), ABl. (EU) C 75/52 vom 25.06.2019.
- 534 Europäisches Parlament, P8_TA(2015)0227, Lage in Ungarn: Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. Juni 2015 zur Lage in Ungarn (2015/2700(RSP)), (2016/C 407/06), ABl. (EU) C 407/46 vom 04.11.2016; P8_TA(2015)0461, Lage in Ungarn: Folgemaßnahmen zur Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. Juni 2015, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Dezember 2015 zur Lage in Ungarn (2015/2935(RSP)), (2017/C 399/13), ABl. (EU) C 399/127 vom 24.11.2017.
- 535 Europäisches Parlament, P8_TA(2017)0216, Lage in Ungarn: Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17. Mai 2017 zur Lage in Ungarn (2017/2656(RSP)), (2018/C 307/09), ABl. (EU) C 307/75 vom 30.08.2018; zuvor

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

sind regelmäßige Aussprachen mit Entschließungen und entsprechenden Anträgen zum Verfahren hinzugetreten. Der bis dato letzte Entschließungsantrag, in welchem das Parlament auch eine Verschleppung des Verfahrens im Rat beklagt, stammt vom Januar 2020.⁵³⁶

Auf Seiten des Europarates ist insbesondere der beachtliche Korpus an Gutachten der Venedig-Kommission zu nennen.

War Ungarn bis zum Antritt der Regierung Orbán Gegenstand nur eines einzigen Gutachtens, sind seit 2011 bis dato nach meiner Zählung insgesamt *siebzehn* Stellungnahmen zur Lage in Ungarn ergangen, davon mehrere gemeinsam mit dem ODIHR, eine gemeinsam mit dem Rat für Demokratische Wahlen⁵³⁷ und eine als „follow-up“ zu einer bereits ergangenen Stellungnahme.⁵³⁸ Teils sind diese am selben Tag ergangen,

Plenardebatte vom 26.04.2017, Protokoll abrufbar unter: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-8-2017-04-26_EN.pdf.

536 Europäisches Parlament, Entschließungsantrag eingereicht im Anschluss an Erklärungen des Rates und der Kommission gemäß Artikel 132 Absatz 2 der Geschäftsordnung zu den laufenden Anhörungen gemäß Artikel 7 Absatz 1 EUV zu Polen und Ungarn, (2020/2513(RSP)), nachfolgend Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Januar 2020 zu den laufenden Anhörungen gemäß Artikel 7 Absatz 1 EUV zu Polen und Ungarn.

537 Der Rat für Demokratische Wahlen ist eine gesonderte Einrichtung des Europarates, die die Stellungnahmen der Venedig-Kommission sichtet, bevor sie der Plenarsitzung der Parlamentarischen Versammlung vorgelegt werden, vgl. näher unter: https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Elections_and_Rerferendums&lang=DE.

538 Die Venedig-Kommission stellt diese Liste unter: <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?country=17&year=all> bereit. Im Einzelnen:

1. CDL-AD(2011)001-e, Opinion no. 614/2011, Opinion on three legal questions arising in the process of drafting the New Constitution of Hungary vom 28.03.2011; 2. CDL-AD(2011)016, Opinion no. 621/2011, Opinion on the new Constitution of Hungary vom 20.06.2011; 3. CDL-AD(2012)001, Opinion 663/2012, Opinion on Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges and Act CLXI of 2011 on the Organisation and Administration of Courts of Hungary vom 19.03.2012; 4. CDL-AD(2012)004, Opinion 664/2012, Opinion on Act CCVI of 2011 on the right to freedom of conscience and religion and the legal status of churches, denominations and religious communities of Hungary vom 19.03.2012; 5. CDL-AD(2012)008, Opinion no. 668/12, Opinion on Act CLXIII of 2011 on the Prosecution Service and Act CLXIV of 2011 on the Status of the Prosecutor General, Prosecutors and other Prosecution Employees and the Prosecution Career of Hungary vom 19.06.2012; 6. CDL-AD(2012)009, Opinion no. 665/2012, Opinion on Act CLI of 2011 on the Constitutional Court of Hungary vom 19.06.2012; 7. CDL-AD(2012)011, Opinion no. 671/2012, Opinion on the Act on the Rights of Nationalities of Hungary vom 19.06.2012; 8. CDL-AD(2012)012, CDL-AD(2012)012, Joint

insgesamt begleiten sie den gesamten Änderungsprozess seit Schaffung des ungarischen Grundgesetzes. Das erste Gutachten, das während des Ausarbeitungsprozesses des Grundgesetzes erging, lässt sich in der Retrospektive auch so verstehen, dass man seitens der ungarischen Regierung ausloten wollte, wie weit man hierbei gehen konnte.

Ebenso hat sich die Parlamentarische Versammlung des Europaparlaments (PACE) geäußert.⁵³⁹

Auch auf größerer internationaler Bühne war Ungarn Thema, darunter bereits 2013 das damalige neue ungarische Grundgesetz.⁵⁴⁰ 2018 zeigten

Opinion [by the Council for Democratic Elections and the Venice Commission] on the Act on the Elections of Members of Parliament of Hungary vom 18.06.2012; 9. CDL-AD(2012)020, Opinion no. 683/2012, Opinion on the Cardinal Acts on the Judiciary that were amended following the adoption of Opinion CDL-AD(2012)001 on Hungary vom 15.10.2012; 10. CDL-AD(2012)023, Opinion 672/2012, Opinion on Act CXII of 2011 on informational Self-determination and Freedom of Information of Hungary vom 18.10.2012; 11. CDL-AD(2013)012, Opinion 720/2013, Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary vom 17.06.2013; 12. CDL-AD(2015)015, Opinion no. 798/2015, Opinion on Media Legislation (ACT CLXXXV on Media Services and on the Mass Media, Act CIV on the Freedom of the Press, and the Legislation on Taxation of Advertisement Revenues of Mass Media) of Hungary vom 22.06.2015; 13. CDL-AD(2017)015, Opinion 889/2017, Hungary - Opinion on the Draft Law on the Transparency of Organisations receiving support from abroad vom 20.06.2017; 14. CDL-AD(2017)022, Opinion 891/2017, Hungary - Opinion on Article XXV of 4 April 2017 on the Amendment of Act CCIV of 2011 on National Tertiary Education vom 09.10.2017; 15. CDL-AD(2018)013, Venice Commission Opinion No. 919/2018, OSCE/ODIHR Opinion No. Opinion-Nr. NGO- HUN/326/2018, Joint Opinion on the Provisions of the so-called "Stop Soros" draft Legislative Package which directly affect NGOs (in particular Draft Article 353A of the Criminal Code on Facilitating Illegal Migration) vom 25.06.2018; 16. CDL-AD(2018)035, Venice Commission Opinion No. 941/2018, OSCE/ODIHR Opinion No. NGO- HUN/336/2018, Joint Opinion on Section 253 on the special immigration tax of Act XLI of 20 July 2018 amending certain tax laws and other related laws and on the immigration tax vom 17.12.2018; 17. CDL-AD(2019)004, Opinion no. 843/2018, Hungary - Opinion on the law on administrative courts and the law on the entry into force of the law on administrative courts and certain transitional rules vom 19.03.2019.

539 Vgl. etwa Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 2162 (2017): Alarming developments in Hungary: draft NGO law restricting civil society and possible closure of the European Central University vom 27.04.2017. Die Entschließung ist einen Tag nach der Aussprache des Europäischen Parlaments in der gleichen Sache ergangen.

540 United Nations, Office of the UN High Commissioner for Human Rights, "UN human rights office voices concern over changes to Hungarian constitution, Pressemitteilung vom 15.03.2013.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

sich die Vereinten Nationen wiederholt unzufrieden mit der Behandlung von Flüchtlingen. Der damalige Hochkommissar für Menschenrechte, *Zeid Ra'ad Al Hussein*, nannte die ungarische Politik „offen fremdenfeindlich“ und „eine Schande“.⁵⁴¹ Infolge der Auseinandersetzung um die Central European University äußerte sich auch die US-Regierung „enttäuscht“ über den Verlauf.⁵⁴²

2. Die illiberale Demokratie als normatives Fundament der Entwicklungen

Wie schon für Polen, so ist auch für Ungarn zunächst der Frage nachzugehen, woher der politische Wille röhrt, in derart offenem und anhaltenden politischen Konflikt mit der EU zu treten.

Für die Erfassung der Entwicklung Ungarns werden seitens der Rechts- und Politikwissenschaft verschiedene Deutungen angeboten. Von der US-amerikanischen Politologin Scheppelle, mit der Ungarn ihre wohl prominenteste ausländische Fürsprecherin im englischsprachigen Raum hat, stammen mindestens zwei Einordnungen. Zum einen beschrieb sie Vorgänge betreffend das ungarische Verfassungsgericht als sog. „constitutional coup“,⁵⁴³ der sich durch Attacken gegen das Verfassungsgericht auszeichnete, und setzte die Entwicklung zugleich unverhohlen in Verbindung zur Weimarer Republik. Zum anderen bezeichnete sie die Entwicklung als „Verfassungsrevolution“, da sie das gesamte Rechtssystem umfassend umwälzte.⁵⁴⁴ *Mark Tushnet* wiederum setzte Ungarn als Fall sog. „autoritären

541 Eine Zusammenstellung verschiedener Positionen unterschiedlicher UN-Organisationen, darunter zur genannten Feststellung findet sich seitens des Pressedienstes der UN als „Hungary's laws on helping vulnerable foreigners are ,blatantly xenophobic‘: UN rights chief“ vom 21.06.2018, unter <https://news.un.org/en/story/2018/06/1012722> und „Hungarian government ,fuels discrimination against migrants‘, say UN human rights experts“ vom 11.08.2018, abrufbar unter: <https://news.un.org/en/story/2018/09/1018962>.

542 U.S. Department of State, Hungary: Central European University (CEU), Press Statement (Heather Nauert) vom 03.12.2018, oder Az., abrufbar unter: <https://www.state.gov/hungary-central-european-university-ceu/>.

543 Kim Lane Scheppelle, „Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary)“, in: *Transnational Law & Contemporary Problems* 23 (2014), S. 51-118, S. 52, 60 ff.

544 Kim Lane Scheppelle, „Understanding Hungary's Constitutional Revolution“, insb. S. 113.

Konstitutionalismus“ in Relation zur Lage in Singapur,⁵⁴⁵ Gábor Halmai spricht von einem „Hybridsystem“.⁵⁴⁶ Paul Lendvai hat betont, es sei der westlichen Presse völlig entgangen, dass in keinem anderen demokratischen Staat eine derart kleine bestens mit einander bekannte Gruppe um eine einzelne Person eine derartige Machtfülle besitze und dass darüber eindeutig eine Autokratie entstanden sei.⁵⁴⁷ Die in der Wortwahl wohl drastischste Darstellung stammt von Bálint Magyar, der zahlreiche Umbrüche in der Gouvernante und in der Zivilgesellschaft Ungarns nachzeichnet und diese als Verkörperung eines „Mafiestaates“ fasst, als von ihm beschriebenen Unterfall des autokratischen Staates, für welchen Ungarn archetypisch identifiziert wird.⁵⁴⁸

Ich bleibe hier bei der Vermutung, dass die Lage in Ungarn eine echte Staats- oder Verfassungskrise darstellt und dass der Nachweis anzutreten ist, dass sie so sehr die Gesamtheit des ungarischen Rechtssystems in Mitleidenschaft zieht, dass darüber auch von einem Fall der unionalen Rechtsstaatlichkeitskrise, und zwar ihrer vorsätzlichen Ausprägung, zu sprechen ist.

Dieser Vorsatz, d.h. die Ausgestaltung der gubernativen Richtlinienkompetenz Viktor Orbáns, wird dabei durch einen konkreten politischen Leitbegriff bestimmt, den es als teleologischen Fluchtpunkt seines Handelns voranzustellen gilt. Er ist aus Sicht der Fidesz durchaus als Staatsgrundprinzip für Ungarn zu werten. Dies ist der Begriff des *illiberalen Staats* bzw. der *illiberalen Demokratie*, der daher hier vor allen anderen Vorschlägen Vorzug erhalten muss.

Der Begriff der „illiberalen Demokratie“ findet seine Ursprünge bereits in der Transformationsforschung der Politikwissenschaft⁵⁴⁹ und dort unmittelbar im Anschluss an den Zusammenbruch des früheren Ostblocks, zum anderen auch in der Forschung zu Wirtschaftssystemen Asiens.⁵⁵⁰ Er ist

545 Mark Tushnet, „Authoritarian Constitutionalism“, in: Cornell Law Review 100 (2015), S. 391-461, S. 433.

546 Gábor Halmai: „The Rise and Fall of Constitutionalism in Hungary“, S. 225 f.

547 Paul Lendvai, Orbán, S. 10 ff., unter Berufung auf den Juristen Tamás Sárközy.

548 Bálint Magyar, Post-Communist Mafia State: The Case of Hungary; weiter sehr deutlich in der Kritik auch Paul Lendvai, Orbán, S. 177 ff.

549 Fareed Zakaria, „The Rise of Illiberal Democracy“, in: Foreign Affairs 76 (1997), S. 22-43; für eine Analyse vorrangig nichteuropäischer Entwicklungen s. etwa Li-Ann Thio, „Constitutionalism in Illiberal Polities“, in: Michel Rosenfeld & András Sajó (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford University Press, Oxford, 2012, S. 133-152.

550 Daniel A. Bell, Daniel A. & Kanishka Jayasuriya, „Understanding Illiberal Democracy: A Framework“ in: Daniel A. Bell, David Brown, Kanishka Jaya-

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

dort stets durch den Beobachter, nicht den Handelnden, verwendet und regelmäßig pejorativ verstanden worden.

Als prägende Merkmale der illiberalen Demokratie hat die Politikwissenschaft herausgearbeitet, dass erstens Grundrechte und bürgerliche Freiheiten mangelhaft durchgesetzt würden, zweitens die rechtsstaatliche Funktionsweise der Justiz eingeschränkt sei und drittens der betroffene Staat ein „systematisches“ Korruptionsproblem habe.⁵⁵¹ Bezeichnend ist hier auch die Verknüpfung des Demokratiebegriffs unmittelbar mit dem Rechtsstaatsprinzip.

Im Falle Ungarns hingegen wird der Begriff durch die Regierung *Viktor Orbáns* selbst verwendet und soll dabei positiv besetzt werden, hat also folglich eine gänzlich eigene Prägung erfahren. Zentrales Dokument bei dieser Begriffsummünzung durch Orbán ist eine Rede vor der ungarischen Minderheit der Szekler im rumänischen Bad Tuschnad.⁵⁵² Orbán hielt in dieser insbesondere fest:

„Wir sind auf der Suche nach einer Organisationsform des Gemeinwesens, die fähig ist, uns in diesem großen globalen Wettrennen [scil.: mit nichteuropäischen Staaten] wettbewerbsfähig zu machen (und wir tun unser Bestes, um Wege zu finden, von westlichen Dogmen getrennte Wege zu gehen, uns von ihnen unabhängig zu machen). [...] Um dies 2010 und insbesondere heutzutage zu erreichen, mussten wir mutig einen Ausspruch finden, der, [...] in der liberalen Weltordnung als Sakrileg galt. Wir mussten festhalten, dass eine Demokratie nicht notwendigerweise liberal ist. Nur weil etwas nicht liberal ist, kann es immer noch eine Demokratie sein.“ [...].

„Der neue Staat, den wir bauen, ist ein illiberaler Staat, ein nicht-liberaler Staat. Er verneint die grundlegenden Werte des Liberalismus nicht, wie etwa die Freiheit usw. Aber diese Ideologie stellt kein

suriya, & David Martin (Hrsg.): *Towards Illiberal Democracy in Pacific Asia*, St. Martin's Press/Palgrave Macmillan, Hounds Mills/Basingstoke/London, 1995, S. 1-16, insb. S. 15-16 mit Blick auf das beobachtete kulturelle Verständnis der staatlichen Ordnungsmacht einer „asiatischen Demokratie“.

551 Wolfgang Merkel, Hans-Jürgen Puhle, Aurel Croissant, Claudia Eicher & Peter Thiery, *Defekte Demokratie*, S. 262-263.

552 Englische Übersetzung durch Csába Toth für die Zeitung *Budapest Beacon*, „Full text of Viktor Orbán's speech at Băile Tușnad (Tusnádfürdő) of 26 July 2014“, o.S., verfügbar unter: <https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/>. Eigene Übertragung des Zitats ins Deutsche auf Grundlage der englischen Übersetzung. Zitat beginnend im siebten Absatz (Anreden nicht mitgezählt) a.E., fortgeführt im elften Absatz.

zentrales Element der Staatsorganisation dar, vielmehr setzt er [scil.: der Staat] an ihre Stelle einen spezifischen, nationalen, eigenständigen Ansatz“.

Aus dieser Rede sind wesentliche Elemente der illiberalen Demokratie ungarischer Prägung unmittelbar abzuleiten. Insbesondere steht diese also einem pluralistischen Staatsverständnis ablehnend gegenüber, betont die Eigenständigkeit des Staates und der Nation und bezweckt eine ganzheitliche Umformung des Rechts- und Wirtschaftssystems.

Dem steht das durch das Unionsrecht vorgegebene Rechts- und Wirtschaftssystem offensichtlich in weiten Teilen konträr entgegen. Der Konflikt wird dabei aber durch Orbán und die Fidesz nicht direkt gesucht, sondern es wird sachbereichsspezifisch versucht, dieses Wunschbild des eigenen Gesellschaftsmodells umzusetzen.

Zum zweiten hat die ungarische Regierung wiederholt außerhalb der Gesetzgebung durch politische Kampagnen Feindbilder aufgebaut, die im Zusammenhang mit dieser so bezeichneten Illiberalität stehen. Ein derartiger Feind im klassisch Schmittschen Sinne⁵⁵³ ist aus der Sicht Orbáns und der Fidesz unverkennbar der ungarischstämmige jüdische Milliardär *George (Györgyi) Soros*, der sein Vermögen vorrangig mit Börsenwetten erworben hat und dessen „Open Society Foundation“ u.a. die Central European University trägt, deren Schließung die ungarische Regierung im Frühjahr 2017 per Gesetz bezweckte. Gegen ihn ist die ungarische Regierung vorrangig mit Realakten bzw. sui-generis Rechtsakten vorgegangen. So lancierte die Fidesz eine, zwischenzeitlich ausgesetzte, Plakatkampagne⁵⁵⁴ gegen Soros, bei der landesweit großflächige Plakatflächen im öffentlichen Raum genutzt wurden. Zweitens führte die ungarische Regierung mehrfach unverbindliche „nationale Konsultationen“ durch, darunter im Frühjahr 2017 eine „Stoppt Brüssel!“-Kampagne, die die Europäische Kommission in einer bis dato ungekannten Reaktion zu einer Richtigstellung veranlasste,⁵⁵⁵ da sie sich gleich Soros durch die Aktion direkt angegriffen sah. Im Herbst 2017 erfolgte eine weitere Kampagne

553 Zur Prägewirkung Carl Schmitts auf das Denken Orbáns vgl. ausf. auch Paul Lendvai, Orbán, S. 179, m.w.N.

554 „Ungarn: Orbán stoppt Anti-Soros-Kampagne“, Die Zeit vom 28.02.2017.

555 Europäische Kommission, „Facts Matter: European Commission responds to Hungarian National Consultation“, vom 27.04.2017, ohne Az., abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/publications/stop-brussels-european-commission-responds-hungarian-national-consultation_en.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

der ungarischen Regierung, gerichtet gegen den in Ungarn auch sog. „Soros-Plan“.

Drittens verläuft eine der Hauptkonfliktlinien zwischen Ungarn und auch anderen Staaten, darunter Polen einerseits und der Europäischen Kommission sowie dem Europäischen Parlament andererseits entlang unterschiedlicher Auffassungen über den richtigen Umgang mit Migration und Flüchtlingen. Ungarn zählt dabei zu einer Gruppe von Mitgliedstaaten, die etwa zu sog. „Umverteilungskontingenten“ von Flüchtlingen den offenen Konflikt vor dem EuGH gesucht hat.⁵⁵⁶ Dieser Streit wird in der institutionellen Praxis regelmäßig mit den hier interessierenden Punkten vermischt. Aufgrund ihrer faktischen und rechtlichen Komplexität kann auf diese gesonderte Krise hier aber nicht eingegangen werden, sie stellt vielmehr einen eigenen Diskussionspunkt innerhalb der europäischen Polarkrise dar und ist anderen Bearbeitern zur Analyse zu überlassen.

3. Ungarische Grundgesetzänderung von 2012 und Richterpensionierungsfrage

Ausgangspunkt der untersuchungserheblichen Entwicklung in Ungarn ist die Außerkraftsetzung der alten ungarischen Verfassung, welche nach einer Totalrevision aus dem Jahr 1989 die kommunistische Verfassung aus dem Jahr 1949 fortgeführt hatte. Ausarbeitung und Ratifikation des sie ersetzenen neuen ungarischen Grundgesetzes erfolgten 2011 parlamentarisch ohne Annahme durch ein Referendum. Das Grundgesetz trat zum Jahreswechsel 2012 in Kraft. Die Grundgesetznovelle und weitere Änderungen führten neben zahlreicher internationaler Kritik, etwa der Vereinten Nationen,⁵⁵⁷ zu einer beachtlichen Reihe an Gutachten der Venedig-Kommission.

Das neue ungarische Grundgesetz wurde für den ausländischen Betrachter, etwa bei *András Jakab* und *Pál Sonnevend*, zeitnah kritisch kommen-

⁵⁵⁶ EuGH, Verb. Rs. C-643/15 und C-647/15, Urteil (GK) vom 06.09.2017, Slowakische Republik und Ungarn gegen Rat („Umverteilungskontingente“), ECLI:EU:C:2017:631.

⁵⁵⁷ Vereinte Nationen, Office of the UN High Commissioner for Human Rights, „UN human rights office voices concern over changes to Hungarian constitution“, Pressemitteilung vom 15.03.2013.

tiert,⁵⁵⁸ und ich sehe hier von der Ausarbeitung von Einzelheiten ab. Beide Verfasser hielten zum einen fest, dass das Grundgesetz grundsätzlich wesentliche Grundrechtsgarantien und Staatsgrundprinzipien nicht veränderte,⁵⁵⁹ in Einzelfragen aber höchst problematisch sei. Neben der in der Wortwahl irritierenden Präambel – dem „nationalen Bekenntnis“⁵⁶⁰ – betraf dies vorrangig die Zuständigkeit des ungarischen Verfassungsgerichts.⁵⁶¹ Erschwerend, so die ungarischen Beobachter, kommt hinzu, dass das neue Grundgesetz eine ganze Reihe von verfassungsrechtlichen Sachverhalten im Grundgesetz nur in Grundzügen regelt, die Ausarbeitung aber sog. „Kardinalgesetzen“ überlässt. Es handelt sich um eine in Deutschland unbekannte Form des Gesetzes, die aber auch in anderen europäischen Staaten (etwa in Frankreich mit der „*loi organique*“ (Organugesetz)) im Grundsatz eine Entsprechung findet. Die Erlassmodalitäten der Kardinalgesetze in Ungarn führen aber potentiell zu einer Perpetuierung der Entscheidung über die Legislaturperiode ohne Möglichkeit der Revidierung hinaus, sind nämlich nur mit einer Zweidrittelmehrheit im Parlament zu erlassen oder abzuändern.⁵⁶² Gleiches gilt für die Frage des Haushaltsgesetzes. Für dieses ist die Zustimmung eines gesondert besetzten Kontrollgremiums erforderlich, dessen Amtszeit über die Legislaturperiode hinausgeht.⁵⁶³ Das Phänomen langer Amtszeiten setzt sich auch bei der Ernennung anderer hochrangiger Beamter fort, wie insbesondere dem Vorsitzenden des nationalen Rechnungsamtes oder des Generalstaatsanwalts. Dazu äußerte die Wissenschaft die Sorge, dass dies dazu diene,

558 András Jakab & Pál Sonnevend, „Kontinuität mit Mängeln: Das neue ungarische Grundgesetz“, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 72 (2012), S. 79-102.

559 András Jakab & Pál Sonnevend, „Kontinuität mit Mängeln“, S. 86, 88, 93.

560 Ausführlich Pál Sonnevend, András Jakab & Lóránt Csík, „The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics: The Basic Law of Hungary“, in: Armin von Bogdandy & Pál Sonnevend (Hrsg.): Constitutional Crisis in the European Constitutional Area, Hart, Oxford, 2015, S. 33-109, S. 72-74. Die Autoren dort übersetzen das ungarische Original als „Nationales Glaubensbekenntnis“, die von der ungarischen Regierung bereitgestellte deutsche Übersetzung spricht von „Bekenntnis“.

561 András Jakab & Pál Sonnevend, „Kontinuität mit Mängeln“, S. 97 ff.

562 Aus diesem Grund kritisch die Analyse der Venedig-Kommission, CDL-AD(2013)012, Opinion 720/2013, Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary vom 17.06.2013, Rn. 129 ff.

563 Vgl. András Jakab & Pál Sonnevend, „Kontinuität mit Mängeln“, S. 95 ff.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

die politische Macht der Fidesz-Partei über die Legislaturperiode hinaus sicherzustellen.⁵⁶⁴

Das ungarische Verfassungsgericht leistete bezüglich dieser Novellen, die später durch weitere wie die Aufhebung von Präzedenzurteilen und Änderungen im Verfassungsprozessrecht begleitet wurden, erheblichen Widerstand, welchem die Regierung mit insgesamt fünf Verfassungsänderungen zeitnah zur Verabschiedung der Verfassung selbst begegnete. Die Venedig-Kommission des Europarates begleitete diese Kritik von Beginn an, zunächst mit zwei Gutachten.⁵⁶⁵ Ihre Einwände, namentlich hinsichtlich der Verfassung als Ganzes, waren dabei noch vergleichsweise mild und hoben vor allem die Frage der Kardinalgesetze und die neue Stellung des Verfassungsgerichts hervor.⁵⁶⁶

Insbesondere die vierte Verfassungsänderung vom 11.03.2013, welche die frühere Rechtsprechung des ungarischen Verfassungsgerichts für nichtig erklärte, rief nicht nur in Ungarn sondern auch durch den Europarat scharfe Kritik hervor, nachdem das Verfassungsgericht den Inhalt der Verfassungsänderung und seine eigene Entmachtung letztendlich aus formellen Gründen akzeptierte und gewissermaßen vor den Änderungen „kapitulierte“. Die Venedig-Kommission hob in einem Resümee ihrer früheren Gutachten insbesondere hervor, es sei durch die häufigen Änderungen „a serious and worrisome undermining of the role of the Constitutional Court as the protector of the Constitution“ festzustellen.⁵⁶⁷ Auch an weiterer Stelle war die Kritik schneidend: „During the visit in Budapest and in the documentation provided, the Hungarian Government referred to parliamentary sovereignty as if it were the ultimate instance of legitimacy and no further checks applied. [...]A constitution’s permanence may not be based solely on arithmetical considerations stemming from the relationship between the numerical strength of the ruling and opposition parties

564 Miklós Bánkuti, Gábor Halmai & Kim Lane Schepple, „Disabling the Constitution“, in: *Journal of Democracy* 23 (2012), S. 138-146, S. 144 ff. unter dem Stichwort des „Entrenching Fidesz“.

565 Venedig-Kommission, CDL-AD(2011)016, Opinion no. 621/2011, Opinion on the new Constitution of Hungary vom 20.06.2011.

566 Venedig-Kommission, CDL-AD(2011)016, Opinion no. 621/2011, Opinion on the new Constitution of Hungary vom 20.06.2011, Rn. 141 ff. 145, 146, 148.

567 Venedig-Kommission, CDL-AD(2013)012, Opinion 720/2013, Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary vom 17.06.2013, Rn. 87.

in parliament.”⁵⁶⁸ Eine fünfte Verfassungsänderung vom 01.10.2013 führte nur zu wenigen Abschwächungen kritischer Passagen.⁵⁶⁹

Die erheblichen Umbrüche, die durch das ungarische Grundgesetz angestoßen wurden, trafen zusätzlich die ungarische Justiz schwer und brachten weite Teile der Richterschaft unter die Kontrolle der Fidesz in Regierung und Parlament.

Besondere Beachtung erfuhren dabei zwei Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH. *Mark Dawson* und *Elise Muir* beobachteten treffend, die darin aufgeworfene Frage der Wahrung der Grundrechte einzelner Betroffener müsse in Wahrheit als Anlass zur Analyse grundlegender verfassungsrechtlicher Probleme in Ungarn verstanden werden.⁵⁷⁰

Das erste, wohl bekanntere, Verfahren betraf die allgemeine Absenkung des Pensionsalters der ungarischen Richterschaft. Sie führte zu einem Austausch von ca. 10% der gesamten ungarischen Gerichtsbarkeit und um 20% aller Richter am Obersten Gerichtshof, der zwischenzeitlich in „Kúria“ umbenannt worden war.⁵⁷¹ Die Kommission beantragte ange- sichts der Dringlichkeit des Verfahrens seine Beschleunigung.⁵⁷² Im Parallelverfahren betreffend den Datenschutzbeauftragten unterblieb dies, mit beachtlichen Unterschieden. Das dortige Urteil erging erst gute zwei Jahre später.⁵⁷³ Ungeachtet der Verfahrensbeschleunigung hier wählte die Kommission einen engen Verfahrenszuschnitt. Daraufhin erkannte der EuGH zwar auf eine Unionsrechtsverletzung seitens Ungarns, stellte aber auf pe- kuniäre Fragen der verfrühten Pensionierung und die Gleichbehandlung mit jüngeren Vergleichspersonen statt auf die richterliche Unabhängigkeit ab,⁵⁷⁴ womit für Ungarn die Möglichkeit einer Abfindungsregelung statt

568 Venedig-Kommission, CDL-AD(2013)012, Opinion 720/2013, Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary vom 17.06.2013, Rn. 137.

569 Pál Sonnevend, András Jakab & Lóránt Csink, „The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics“, S. 63.

570 Mark Dawson & Elise Muir, „Hungary and the Indirect Protection of EU Fundamental Rights and the Rule of Law“, in: German Law Journal 14 (2013), S. 1959-1979., S. 1961 ff., 1973 insb.

571 Kim Lane Scheppelle, „Constitutional Coups in EU Law“, S. 454, in einem vorherigen Beitrag, Kim Lane Scheppelle, „Constitutional Coups and Judicial Review“, S. 75, ist sogar von 25% die Rede.

572 EuGH, Rs. C-286/12, Kommission /. Ungarn, „Ungarische Richterpensionierung“, Urteil vom 06.11.2012, ECLI:EU:C:2012:687, Rn. 18-21.

573 S. dazu ausführlicher im Abschnitt E.VIII.2. zum Vertragsverletzungsverfahren.

574 EuGH, Rs. C-286/12, Kommission /. Ungarn, „Ungarische Richterpensionierung“, Urteil vom 06.11.2012, ECLI:EU:C:2012:687, etwa Rn. 61 ff.

einer Wiedereinsetzung in allen Fällen bestand. Es gilt als wahrscheinlich, dass trotz des Urteils ein Großteil der betroffenen Richter statt einer Rückkehr ins Amt eine finanzielle Abfindung akzeptierte.⁵⁷⁵ Die Frage der richterlichen Unabhängigkeit wurde nicht diskutiert, noch der Begriff erwähnt. Damit verfehlte das Verfahren seinen in der Retrospektive eigentlichen Zweck und galt, indes wohlgerne im Hinblick auf den Verfahrenszuschnitt durch die Kommission, nicht etwa im Hinblick auf das Urteil des EuGH, in der Literatur weitestgehend als Fehlschlag.⁵⁷⁶ Dort war man sich der Schwere der gerügten Änderungen überaus bewusst. In für einen amtierenden Richter recht einmaliger Deutlichkeit kommentierte Thomas von Danwitz die Rechtssache mit der Aussage, das Verfahren „spread the flavor of a court-packing plan“.⁵⁷⁷ Ebenso legte von Danwitz offen, dass sich der Europäische Gerichtshof bewusst auf technische Feststellungen beschränkt, dies aber in der Absicht getan habe, Ungarn eine Revidierung seiner Vertragsverletzungen zu ermöglichen.⁵⁷⁸

Gleichsam eingehend beurteilt wurde ein parallel angestrengtes Vertragsverletzungsverfahren der Kommission betreffend den ungarischen Datenschutzbeauftragten, in welchem die Kommission ebenfalls gerügt hatte, dass die dortigen Gesetzesänderungen in die ordentliche Funktionsweise des Beauftragten eingreife und dessen Unabhängigkeit verletze.⁵⁷⁹ Der ungarische Gesetzgeber hatte die Amtszeit des Datenschutzbeauftragten herabgesetzt und diesen infolge der Änderung ausgetauscht, und der EuGH gab der Kommission wiederum Recht. Das Gebot der Unabhängigkeit des

575 Zu dieser Frage und den teils widersprüchlichen Angaben vgl. Kim Lane Scheppelle, „Constitutional Coups in EU Law“, S. 459, bei Fn. 43.

576 Urteilsanmerkung bei Uladzislau Belavusau, „On age discrimination and beating dead dogs: Commission v. Hungary Case C-286/12, Commission v. Hungary, Judgment of the Court of Justice (First Chamber) of 6 November 2012, n.yr.“, in: Common Market Law Review 50 (2013), S. 1145-1160, insb. S. 1149 ff., weitere Einordnung, mit zusätzlichen Nennungen bei Luca Prete, Infringement Proceedings in EU Law, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2017, S. 144 ff., S. 184.

577 Thomas von Danwitz, „The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ“, S. 1343, m.w.N.

578 Thomas von Danwitz, „The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ“, S. 1344. Den pragmatischen Ansatz, auf Seiten der Kommission, sehen ebenso bestätigt Mark Dawson & Elise Muir, „Hungary and the Indirect Protection of EU Fundamental Rights and the Rule of Law“, S. 1973.

579 EuGH, Rs. C-288/12, Kommission v. Ungarn, „Ungarischer Datenschutzbeauftragter“, Urteil vom 08.04.2014, ECLI:EU:C:2014:237. Zum Umstand der Beschleunigung dieses Verfahrens und den praktischen Unterschieden Kim Lane Scheppelle, „Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions“, S. 109-110.

Datenschutzbeauftragten leitete er aus der Vorgabe aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 EUV an die Mitgliedstaaten, unabhängige Datenschutzbehörden zu schaffen sowie aus Art. 8 Abs. 3 GRCh, der diese Vorgabe wiederholte, her.⁵⁸⁰ Zu einer Revidierung der Lage führte dies nicht, der des Amtes Enthobene wurde lediglich entschädigt.⁵⁸¹ Mitzunehmen aus dieser Entscheidung ist der seitens des EuGH genutzte Prüfungsmaßstab, eine Kombination einer primärrechtlichen Strukturvorgabe betreffend nationale Behörden aus dem EUV in Verbindung mit einem Chartagrundrecht. Er ähnelt der späteren Überprüfung der Unabhängigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte aus Art. 19 Abs. 1 EUV i.V.m. Art. 47 der Charta. Ob der Fall des ungarischen Datenschutzbeauftragten für diesen Prüfungsmaßstab Pate stand, lässt sich indes nicht definitiv beantworten.

Separat hiervon Bedeutung erlangt hat schließlich ein Rechtsstreit vor dem EGMR. *András Baka*, entlassener Präsident des ungarischen Obersten Gerichtshofs und zuvor langjähriger Richter am EGMR, strengte vor eben diesem erfolgreich eine Individualbeschwerde in Bezug auf seine Entlassung an.⁵⁸²

4. Nationaler Richterrat gegen Nationales Justizamt

In engem Zusammenhang mit dem Austausch von Teilen der Richterschaft und dem großen Druck auf das Verfassungsgericht einerseits und die Gerichtsbarkeit⁵⁸³ andererseits stehen organisatorische Änderungen in der Justizverwaltung, die denjenigen in Polen ähneln. So wurde der alte, dem in Osteuropa gängigen Modell dieses Verfassungsorgans folgende

580 Vgl. die Urteilsanmerkung wie zuvor bei Thomas von Danwitz, „The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ“, S. 1345.

581 Vgl. den entsprechenden Bericht von Károly Lencsés, „Bocsánatkérés és 69 millió – erről szólt a megállapodás“ [„Eine Entschuldigung und 69 Millionen - darum ging es in der Vereinbarung“] des Onlineportals „NOL“ vom 09.07.2014, abrufbar unter <http://nol.hu/belfold/bocsanatkeres-es-69-millio-errol-szolt-a-me-gallapodas-1473191>. Demnach betrug die Entschädigungssumme 69 Millionen Forint (ca. 199.000 Euro).

582 EGMR, Baka /. Ungarn, Beschwerdenr.: 20261/12, Urteil (GK) vom 23.06.2016, Dazu nochmals sogleich unten betreffend die Frage sog. getarnter Einzelfallgesetze.

583 Von „ordentlicher“ Gerichtsbarkeit ist hier insoweit nicht zu sprechen, als das derzeitige ungarische Rechtssystem eine strikte Trennung in Zweige der Gerichtsbarkeit nicht kennt.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

Nationale *Justizrat* (OIT) abgeschafft.⁵⁸⁴ An seine Stelle trat der weitgehend auf beratende Funktionen beschränkte Nationale *Richterrat* (OBT) sowie schließlich das Nationale *Justizamt* bzw. Gerichtsverwaltungsamt (OBH). Diese Zweiteilung führte zu einem offenen Machtkampf beider formell nur unzulänglich voneinander abzugrenzenden Behörden.⁵⁸⁵ Auch wenn das Nationale *Justizamt* dem *Richterrat* förmlich zuarbeitet und dieser eine Aufsichtsfunktion ausüben soll, ist es doch allein das Amt selbst, das von Regierung und Parlament bevorzugt wird, Macht ausübt und überdies finanziell ausreichend ausgestattet ist. Hinzu tritt, dass das Amt die Fallverteilung zwischen Gerichten beeinflussen kann.⁵⁸⁶ Die Präsidentin des Amtes, vom Parlament direkt gewählt, war bis Ende 2019 die Juristin und frühere Richterin *Tünde Handó*, zugleich die Ehefrau des Vizepräsidenten der Fidesz. Zum Jahresende 2019 ernannte das ungarische Parlament sie zur Richterin des Verfassungsgerichts,⁵⁸⁷ der zuvor wenig bekannte Instanzrichter *György Senyei* hat ihre Nachfolge angetreten.

Während der Amtszeit Handós kam es zu regelmäßigen Machtkämpfen beider Behörden, sodass der *Justizrat* seine ursprüngliche Funktion als Selbstvertretungsorgan der ungarischen Gerichtsbarkeit kaum noch effektiv ausüben konnte. Es kam überdies zu offenen Angriffen seitens Handós auf den *Richterrat*, dessen Mitglieder von ihr als „Vaterlandsverräter“ bezeichnet wurden.⁵⁸⁸

5. Einzelfallgesetze

Eine Besonderheit der Entwicklung in Ungarn sind Umbrüche im öffentlichen Leben und der Zivilgesellschaft durch sog. *getarnte Einzelfallgesetze*

584 Über den Vorgang und die notwendige präzise Unterscheidung der Behördenbezeichnungen sowie der jeweiligen Akronyme informiert das U.S. Department of State, Country Reports on Human Rights Practices for 2011: Hungary, verfügbar unter: <http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/humanrightsreport/index.htm?dlid=186359>, S. 8 und 11.

585 Vgl., wenig übersichtlich, unter <https://birosag.hu/en/national-office-judiciary>.

586 Pál Sonnevend, András Jakab & Lóránt Csík, „The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics“, S. 63.

587 Marton Dunai, „Hungary shakes up top jobs in justice, highlighting government's struggle for influence“, Reuters vom 29.10.2019, abrufbar unter: <https://www.reuters.com/article/us-hungary-orban-justice/hungary-shakes-up-top-jobs-in-justice-highlighting-governments-struggle-for-influence-idUSKBN1X824E>.

588 Vgl. Dániel G. Szabó, „A Hungarian Judge Seeks Protection from the CJEU – Part I“, Verfassungsblog vom 28.07.2019.

ze,⁵⁸⁹ die hier vorrangig im Hinblick auf ihre Identifizierbarkeit als solche, statt ihre Vereinbarkeit mit einer bestimmten Rechtsordnung (etwa ungarischem Recht) darzustellen sind. Als Analysemaßstab kann zum einen herangezogen werden, dass der Gerichtshof sich dem Topos bislang vereinzelt zugewandt hat.⁵⁹⁰ Zum anderen können zur Maßstabspräzisierung Anleihen beim Bundesverfassungsgericht gemacht werden, welches vor dem Hintergrund des ausdrücklichen Verbots von Einzelfallgesetzen nach Art. 19 Abs. 1 GG unter dem Grundgesetz zu entscheiden hatte und die Figur des „getarnten Einzelfallgesetzes“ in seiner Entscheidung „Platow-Amnestie“ wie folgt fasst:

„Von einem solchen kann [...] gesprochen werden, wenn der Gesetzgeber ausschließlich einen bestimmten Einzelfall oder eine bestimmte Gruppe von Einzelfällen regeln will und zur Verdeckung dieser Absicht generell formulierte Tatbestandsmerkmale dergestalt in einer Norm zusammenfaßt, daß diese nur auf jene konkreten Sachverhalte Anwendung finden kann, die dem Gesetzgeber vorschwebten und auf die die Norm zugeschnitten ist.“⁵⁹¹

Regelmäßig haben Gesetze, auf welche diese Definition passt, seit 2017 Ungarn in das Licht der breiten europäischen Öffentlichkeit gerückt. Der Topos ist in der Literatur auch mittels verwandter Begriffe bereits diskutiert worden. Magyar spricht von „custom tailored legislation“ und notiert:

„Equality before the law has been replaced by inequality after the law. Travel back in time has become possible with retroactive laws, and legislation tailored to individuals, groups, political friends and foes is carried on with the precision of a surgeon using laser technology based on the case-by-case authorizations given by the head of the political family: offering reward or punishment, privilege or discrimination. This is the era of occasional arbitrary laws (commonly named “lex ...”), when the legal environment is adjusted to the continuously

589 Vgl. hierzu bereits kurorisch die Analyse bei Matthias Schmidt & Piotr Bogdanowicz, „The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis“, S. 1087.

590 S. näher, wenn auch noch fragmentarisch, EuGH, Rs. C-85/12, Schlussanträge des Generalanwalts Pedro Cruz-Villalón Société Landsbanki Islands HF /. Kepler Capital Markets SA, Frédéric Giraux, vom 30.05.2013, ECLI:EU:C:2013:352, Rn. 60 ; Rs. C-46/93, Schlussanträge des Generalanwalts Giuseppe Tesauro, Brasserie du pêcheur /. Bundesrepublik Deutschland und The Queen /. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame and Others, ECLI:EU:C:1995:407, Rn. 36 bei Fn. 41.

591 BVerfGE 10, 234 (244) – Platow-Amnestie.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

changing whims of the political family, with mass ad hoc procedures that shame legislative principles. They form incidental exceptions rather than general rules.”⁵⁹²

Der Befund derartiger Gesetze findet in der Rechtspraxis weitere Bekräftigung. Nachdem die Venedig-Kommission in ihrem Gutachten aus dem Jahr 2012 betreffend den rechtlichen Status und die Vergütung von Richtern sowie die Gerichtsverfassung und -verwaltung hinsichtlich der Änderungen, die insbesondere den Präsidenten des Obersten Gerichtshofs, Baka, betrafen,⁵⁹³ festgehalten hatte: „[a]lthough the Law was formulated in a general way, its effect was directed against a specific person“⁵⁹⁴ ergänzten die Richter Pinto de Albuquerque und Dedov in ihrer Concurring Opinion zum Urteil Baka J./. Ungarn unter dem Titel der “ad hominem”-Gesetzgebung:

„To phrase this differently, this was legislation conceived to achieve a specific result that was detrimental to a concrete individual (*ad hominem, konkret-individuelles Maßnahmengesetz*), which was secured by a constitutional straitjacket in order to avoid any possibility of judicial review.”⁵⁹⁵

Neben diesem Beispiel lassen sich meines Erachtens auch die folgenden Fälle mit dieser Figur erfassen.

a. Lex CEU und der Topos der Gewaltenkollusion

Mutmaßlich prominentestes Beispiel eines „getarnten Einzelfallgesetzes“ ist eine Änderung des ungarischen Hochschulgesetzes vom Frühjahr 2017, welches nach vielfach vertretener Auffassung⁵⁹⁶ allein auf die in Budapest ansässige *Central European University* abzielte, eine sowohl mit ungarischer

592 Bálint Magyar, Post-Communist Mafia State: The Case of Hungary, S. 117.

593 S. bereits supra unter C. IV. 3.

594 Venedig-Kommission, CDL-AD(2012)001, Opinion 663/2012, Opinion on Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges and Act CLXI of 2011 on the Organisation and Administration of Courts of Hungary vom 19.03.2012, Rn. 59.

595 EGMR, Baka J./. Ungarn, Beschwerdenr.: 20261/12, Urteil (GK) vom 23.06.2016, Joint Concurring Opinion Of Judges Pinto De Albuquerque and Dedov, dort Rn. 14 f.

596 Sogleich im Einzelnen unten.

als auch mit amerikanischer Akkreditierung operierende private Hochschule.

Das sie betreffende Änderungsgesetz zum ungarischen Hochschulgesetz wurde in einem beschleunigten Verfahren angenommen.⁵⁹⁷ Die Öffentlichkeit erlangte davon Kenntnis im Verlauf des 28. März 2017, einem Dienstag. Die Annahme des Gesetzes⁵⁹⁸ erfolgte am 4. April, nur eine Woche später. Abzüglich des Wochenendes blieben gerade 5 Werkstage zur Erörterung des Vorhabens. Zwischen Verabschiedung des Gesetzes und Ausfertigung durch den Staatspräsidenten *János Áder*, der das Gesetz ohne Weiteres am 10. April ausfertigte, verblieb eine knappe weitere Woche.

Angesichts der großen Geschwindigkeit des Gesetzgebungsprozesses, den Möllers und Schneider neben dem Fall der „Lex CEU“,⁵⁹⁹ bereits für die Verfassungsnovelle 2012 beobachtet haben,⁶⁰⁰ ist hier der zusätzliche Topos der *Gewaltenkollusion* einzuführen, der diese Gesetzgebungspraxis der „Blitzgesetze“ prägt. Ich bezeichne mit *Gewaltenkollusion* den Zustand einer Interaktion von Parlament und Regierung in einem Mitgliedstaat der Union, in der nicht nur eine bloße Gewaltenverschränkung im Sinne vertrauensvollen Zusammenarbeitens zu beobachten ist, sondern Parlament und Regierung bedingungslos der durch die Mehrheitspartei vorgegebenen Linie folgen, ohne dass hieran aber verfahrensrechtlich etwas auszusetzen oder förmlich die Gewaltentrennung aufgegeben wäre. Der Begriff der Gewaltenkollusion kann als Gegenstück zum *Gewaltenmonismus*⁶⁰¹ verstanden werden, bei welchem eine Gewalt eine Gewaltenausübung umfassend von ihrem Vorbehalt abhängig macht. Bei der Gewaltenkollusion hingegen

597 Venedig-Kommission, CDL-AD(2017)022, Opinion 891/2017, Hungary - Opinion on Article XXV of 4 April 2017 on the Amendment of Act CCIV of 2011 on National Tertiary Education vom 09.10.2017, Rn 52 ff.

598 Eine Zeitleiste stellt die CEU selbst unter <https://www.ceu.edu/istandwithceu/timeline-events> bereit.

599 Christoph Möllers & Linda Schneider, Demokratisierung in der Europäischen Union, S. 60-61.

600 Christoph Möllers & Linda Schneider, Demokratisierung in der Europäischen Union, S. 55.

601 Zu ihm vgl. – für die deutsche Rechtssprache – BVerfGE 68, 1 (87) [1984] – „Atomwaffenstationierung“, dort als hypothetische Negativfolie ebenso pejorativ besetzt. Der Begriff des Gewaltenmonismus dieser Prägung, also als Zustand in einem Staat, der förmlich die Gewaltenteilung weiter kennt, ist sehr sorgfältig von seiner Verwendung in sozialistischen Staaten zu trennen, zur Verwendung in diesen, also als Gegensatz zur Gewaltentrennung, vgl. Manfred G. Schmidt, Sozialpolitik der DDR, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2013, S. 10, Fn. 4. Der Begriff der Gewaltenkollusion wiederum scheint mir bislang nicht besetzt, kann hier also entsprechend frei geprägt werden.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

gen wird letzterer vollständig zugunsten gubernativen Ermessens aufgegeben.⁶⁰² Damit ist dem parlamentarischen Prozess seine Deliberierungs-, Informations- und ggf. auch Berücksichtigungsfunktion genommen. In einer solchen Lage tritt dem Beobachter die Legislative und die Gouvernante einschließlich des Staatschefs,⁶⁰³ der das Gesetz ausfertigt, als quasi einheitlicher Akteur gegenüber, von dem eine Berücksichtigung von Oppositionsinteressen nicht zu erwarten ist.

Durch die „Lex CEU“ wurde der CEU ein Verbleib in Ungarn in bestehender Form unmöglich gemacht. Das Gesetz zielte dabei auf den Umstand ab, dass die CEU *de facto* ausschließlich als *eine* Hochschule operierte, deren besonderer Reiz für die Studenten der wahlweise Erwerb im jeweiligen Land voll akkreditierter ungarischer *oder aber* US-amerikanischer Abschlüsse war, dass sie dafür aber *de jure* aus *zwei* juristischen Personen bestehen musste, jeweils einer amerikanischen und einer ungarischen Hochschule, die (selbstredend) beide den gleichen Hochschulnamen nutzten. Das Gesetz schuf strikte Vorgaben, die aus dem Kontext genommen unverdächtig waren, wie solche zum Schutz des Hochschulnamens vor Verwechslung oder die tatsächliche Ausrichtung von Hochschulangeboten im Heimatland. Im Hinblick auf die US-amerikanische Hochschulhälfte in Budapest sah sich die CEU, trotz des lebhaften Protestes ihres Rektors *Michael Ignatieff*,⁶⁰⁴ eines früheren kanadischen Politikers, im Dezember 2018 mit Wirkung zum Herbst 2019 gezwungen, nur die in Ungarn akkreditierten Kurse in Budapest zu belassen und die gerade für Ausländer attraktiven US-amerikanischen und englischsprachigen Programme nach Wien auszulagern.⁶⁰⁵

Der Entscheidung der Universität waren im Frühjahr 2017 vielfache Versuche vorausgegangen, den Verbleib der CEU, die 1991 auch mit der

602 Den Eindruck dieser Lage in Ungarn teilt z.B. János Kornai, „Hungary’s U-Turn“, S. 35, der auch festhält, das ungarische Parlament sei eine „Gesetzesfabrik“ geworden.

603 Dass diese Situation landläufig auch in Polen beobachtet wurde, verdeutlicht die dortige Auseinandersetzung mit der Beziehung Kaczyński-Duda.

604 Die CEU bietet auf ihrer Homepage eine ausführliche Dokumentation des Vorgangs, einschließlich einer Zeitleiste, vgl. unter: <https://www.ceu.edu/istandwithceu/timeline-events>.

605 Shaun Walker, „Classes move to Vienna as Hungary makes rare decision to oust university“, The Guardian vom 16.11.2019.

Intention gegründet worden war, US-amerikanische Hochschulstandards in Osteuropa Fuß fassen zu lassen,⁶⁰⁶ in Budapest zu retten.

Die Europäische Kommission zeigte sich überzeugt, dass das Hochschulgesetz ganz auf die CEU zugeschnitten war.⁶⁰⁷ Die Venedig-Kommission erstattete ein Gutachten und bescheinigte der CEU eine europaweit einzigartige Konstellation.⁶⁰⁸ Seitens der Universität und in der ungarischen Zivilgesellschaft wurde massiv protestiert.⁶⁰⁹ Einen Tag nach einer Aussprache im Europäischen Parlament am 26.04.2017, an der Ungarns Ministerpräsident Orbán sowie der Erste Vizepräsident der Kommission, Frans Timmermans, teilnahmen, leitete die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Ungarn ein.⁶¹⁰ Orbán wurde aus der Mitte des Parlaments scharf angegriffen, auch der Vorsitzende der EVP-Fraktion, welcher die Fidesz angehört, äußerte deutliche Kritik.⁶¹¹ Die CEU wiederum schloss im September 2017 ein Abkommen mit einem US-amerikanischen College, um physisch in den USA Kurse anbieten zu können, wie seitens der ungarischen neuen Gesetzgebung verlangt, und nachdem seitens des US-Bundesstaates New York mehrfach darauf hingewiesen worden war, dass in den USA die Entscheidung hierüber nicht auf Bundesebene liege. Die ungarischen Behörden reakkreditierten im Februar 2018 schließlich allein die ungarische juristische Person der CEU, deren Verbleib in Budapest, allein mit den ungarischen Angeboten, damit ermöglicht wurde, während für die USakkreditierten Kurse die Abwanderung unvermeidlich wurde.⁶¹²

606 Vgl. hierzu die Selbstdarstellung der Universität unter <https://www.ceu.edu/about/history>.

607 Vgl. die Remarks of First Vice-President Frans Timmermans after the College discussion on legal issues relating to Hungary vom 12.04.2017, SPEECH/17/966.

608 Venedig-Kommission CDL-AD(2017)022, Opinion 891/2017, Hungary - Opinion on Article XXV of 4 April 2017 on the Amendment of Act CCIV of 2011 on National Tertiary Education vom 09.10.2017, Rn. 16, 24 ff.

609 Eine Übersicht über verschiedene Reaktionen findet sich im vorg. Gutachten der Venedig-Kommission, Rn. 13.

610 Vgl. die Ankündigung der Europäischen Kommission, „Hungary: Commission takes legal action on Higher Education Law and sets record straight on ‚Stop Brussels‘ consultation [„updated 26/04/17 at 15:25“]“ vom 26.04.2017, verfügbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_MEX-17-1116_en.htm.

611 Eine Zusammenfassung der Aussprache findet sich als „MEPs discuss situation in Hungary with Prime Minister Orbán“ vom 26.04.2017 unter: <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170424IPR72035/meps-discuss-situation-in-hungary-with-prime-minister-orban>.

612 Vgl. zu den vorgenannten Daten nochmals <https://www.ceu.edu/istandwithceu/timeline-events>.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

Der Europäische Gerichtshof hat über die Klage der Kommission, mit der insbesondere eine Verletzung des GATT, der Dienstleistungsrichtlinie für den Binnenmarkt, der Arbeitnehmer- und Kapitalfreizügigkeit sowie der Chartagrundrechte der Forschungsfreiheit (Art. 13 GRCh), der Freiheit zur Einrichtung einer Lehranstalt (Art. 14 Abs. 3 GRCh) und der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRCh) gerügt wird,⁶¹³ bislang nicht entschieden.

b. Lex NGO

Ähnlich gestrickt wie die „Lex CEU“ ist die sog. „Lex NGO“.⁶¹⁴ Das Gesetz vom Juli 2017 zwingt alle Nichtregierungsorganisationen in Ungarn, die mehr als umgerechnet ca. 23.500 Euro an Zuwendungen aus dem Ausland erhalten, sich in ein Register der „ausländisch unterstützten Organisationen“ einzutragen, das öffentlich eingesehen werden kann, und diese Eintragung durch einen deutlichen Hinweis auf ihrer Webseite öffentlich zu machen.⁶¹⁵ Die ungarische Regierung begründet ihr Vorgehen mit der Furcht vor der ausländischen Finanzierung terroristischer Vereinigungen. Die rechtswissenschaftliche Literatur bemängelt aber, dass durch das Gesetz wiederum einzelne Akteure besonders betroffen sind, darunter das sog. ungarische Helsinki-Komitee,⁶¹⁶ das zur Gruppe der gleichnamigen Komitees zählt, die sich im Anschluss an die KSZE-Schlussakte von Helsinki in zahlreichen osteuropäischen Ländern gegründet hatten und dort rechtliche Expertise und Aufarbeitung bei zivilgesellschaftlich relevanten Themen liefern sollten. Das ungarische Helsinki-Komitee hatte sich zuvor mit Gutachten zu Vorgängen im Land einen Namen gemacht.

613 EuGH, Rs. C-66/18, Kommission ./, Ungarn, Klage anhängig, ABl. (EU) C 211/17, vom 18.06.2018 weiter auch die Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 05.03.2020, ECLI:EU:C:2020:172.

614 Vom ungarischen Helsinki-Komitee übersetzt vorgelegt als “Act LXXVI of 2017 on the Transparency of Organisations Receiving Foreign Funds” vom 13.06.2017. abrufbar unter: <https://www.helsinki.hu/wp-content/uploads/LexNGO-adopted-text-unofficial-ENG-14June2017.pdf>.

615 Eine genaue Aufarbeitung findet sich bei Petra Bárd, „The Hungarian ‚Lex NGO‘ before the CJEU: Calling an Abuse of State Power by its Name“, Verfassungsblog vom 27.01.2020, o.S.

616 Petra Bárd, „The Hungarian ‚Lex NGO‘ before the CJEU: Calling an Abuse of State Power by its Name“.

Das Gesetz wurde in Ungarn lebhaft diskutiert und führte u.a. zu einem Protestbrief von 31 Nichtregierungsorganisationen an die OSZE, der insbesondere den durch das Gesetz geschaffene „chilling effect“ beklagte.⁶¹⁷ Auch die Europäische Agentur für Grundrechte FRA äußerte sich besorgt und berichtete von vereinzelten Übergriffen auf Angehörige von NGOs.⁶¹⁸

Wiederum reichte die Kommission beim Europäischen Gerichtshof eine Vertragsverletzungsklage ein und rügte eine Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 AEUV sowie eine Verletzung der Grundrechte der Artikel 7, 8 und 12 der Grundrechtecharta (Achtung des Privatlebens, Recht auf Datenschutz und Vereinigungsfreiheit). Sie trug insbesondere vor, das Gesetz verfehle seinen Zweck. Ungarn habe in keiner Weise dargelegt, dass und warum die benannten Organisationen die öffentliche Sicherheit gefährdeten.⁶¹⁹ Generalanwalt *Manuel Campos Sánchez-Bordona* schlug vor, der Klage umfassend stattzugeben.⁶²⁰ Ein Urteil steht aus.

6. Eingriffe in die Marktwirtschaft und die Eigentumsordnung

a. Beobachtungen in der Literatur

Weiter eng verwandt mit dem o.g. Topos der Einzelfallgesetze, indes zu verklammern unter eine selbstständige Beobachtung, ist der wiederholte Eingriff der ungarischen Regierung in marktwirtschaftliche Abläufe im Land. Herausgearbeitet hat diese Beobachtung beispielhaft der Ökonom *János Kornai*.⁶²¹ Kornai beobachtet infolge der Politikgestaltung durch die Fidesz und die Regierung Orbán „frequent legal, economic, and ideological attack[s]“ auf das Privateigentum.⁶²² Kornai wiederholt den Vorwurf

617 OSCE, „Independent Civil Society under Attack in Hungary: Statement by Hungarian NGOs“, Dokumentennr.: HDIM.NGO/0052/17/EN vom 22.09.2017.

618 Europäische Agentur für Grundrechte, „FRA expresses concern over threats to civil society and freedom of education in the EU“, Pressemitteilung vom 10.04.2017.

619 EuGH, Rs. C-78/18, Kommission ./ Europäische Kommission (Transparenz von Vereinigungen), Schlussanträge des Generalanwalts *Manuel Campos Sánchez-Bordona* vom 14.01.2020, ECLI:EU:C:2020:1, Rn. 53.

620 EuGH, Rs. C-78/18, Kommission ./ Europäische Kommission (Transparenz von Vereinigungen), Schlussanträge, Rn. 117.

621 János Kornai, „Hungary’s U-Turn“; summarisch hierauf Bezug nehmend ebenso bereits Matthias Schmidt & Piotr Bogdanowicz, „The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis“, S. 1087.

622 János Kornai, „Hungary’s U-Turn“, S. 36.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

schneller Gesetzgebung ohne ausreichende Konsultierung zivilgesellschaftlicher Akteure.⁶²³ Er identifiziert in der makroökonomischen Politik der Fidesz den Typus eines „overreaching state“,⁶²⁴ der damit weit über ordoliberalen Grundprinzipien bzw. solche der sozialen Marktwirtschaft betreffend die Wirtschaftslenkung hinausgeht, sondern insbesondere auf die Schaffung und Begünstigung sog. „Fideszközeli cég,“ meaning „a near-to-Fidesz company“ abziele.⁶²⁵ Beispielhaft für Handlungen zugunsten derartiger parteinaher Unternehmen seien widersprüchliche Steuersysteme,⁶²⁶ die Ausgrenzung von Geringverdiennern, gerade in staatsnahen Unternehmen⁶²⁷ und strenge Hierarchien innerhalb der Unternehmen,⁶²⁸ welche auf eine Kontrolle von Partefunktionären hinausliefen.

„This is not a case of ‚state capture‘ carried out by oligarchs in order to establish regulations and pass measures in their own interest. Rather, it is the state that is in command. Orbán and his inner circle decide who should become or remain an oligarch, and how far that oligarch’s sphere of authority should extend.“⁶²⁹

b. Urteile des EGMR und des EuGH

Eine Auswertung verschiedener Urteile des EGMR und des EuGH vermag diese Beobachtung zu stützen.

Zunächst zu nennen ist hierbei das Urteil des EGMR in der Sache *Vékony ./, Ungarn.*⁶³⁰

Die Individualbeschwerde betraf ein ungarisches Gesetz zur Errichtung eines Verkaufsmonopols für Tabakprodukte, das so ausgestaltet war, dass es einem neu gegründeten Staatsunternehmen die Verantwortung für die

623 János Kornai, „Hungary’s U-Turn“, S. 37.

624 János Kornai, „Hungary’s U-Turn“, S. 36 ff.

625 János Kornai, „Hungary’s U-Turn“, S. 38 und ff.

626 János Kornai, „Hungary’s U-Turn“, S. 38.

627 János Kornai, „Hungary’s U-Turn“, S. 39.

628 János Kornai, „Hungary’s U-Turn“, S. 37.

629 János Kornai, „Hungary’s U-Turn“, S. 37.

630 EGMR, Vékony ./, Ungarn, Beschwerdenr.: 65681/13, Urteil vom 13.01.2015; Einordnung bei Jörg Gundel, „Der Schutz der unternehmerischen Freiheit durch die EU-Grundrechtecharta“, in: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 180 (2016), S. 323–357, 327.

Ausgabe staatlicher Verkaufslicenzen übertrug.⁶³¹ Die drastische Reduzierung der Lizenzen führten zur erzwungenen Geschäftsaufgabe vorrangig kleiner Einzelhändler, darunter befand sich der Beschwerdeführer. Vergeben wurden die neuen Lizenzen in einem öffentlichen Bieterverfahren. Wie im Falle der Lex CEU handelt es sich um einen *prima facie* legitimen Regelungszweck – hier die Reduzierung einer gesundheitsschädlichen Aktivität in der Bevölkerung, dort die Integrität des Hochschulsystems –, wobei andere europäische Staaten ebenso Monopoleinrichtungen, etwa für den Alkoholverkauf oder das Glücksspiel, kennen. Ähnlich sah es auch das ungarische Verfassungsgericht, das Verfassungsbeschwerden mit der Begründung verwarf, den Beschwerdeführern sei die Möglichkeit der Beantragung von Lizenzen nicht generell verwehrt und aus der vorherigen Rechtslage und faktischen wirtschaftlichen Situation ergäben sich keine vom Eigentumsgrundrecht geschützten legitimen Erwartungen.⁶³²

Der EGMR befand, die Ausgestaltung des Gesetzes und seine Handhabung im konkreten Fall seien aus mehreren Gründen unverhältnismäßig.⁶³³ Hierzu zählte der Straßburger Gerichtshof die sehr kurze Zeit zwischen Vorschlag und Erlass des Gesetzes – wie sie aus anderen Beispielen, etwa der Lex CEU, bereits bekannt ist – und das Fehlen „elementarer Transparenz“ sowie jeglichen Rechtsschutzes im Bieterverfahren.⁶³⁴ Aufgrund dieser deutlichen Mängel könne auch ein *prima facie* legitimer Zweck, nämlich der Schutz der öffentlichen Gesundheit und die damit einhergehende weite Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, das Gesetz nicht als verhältnismäßig erscheinen lassen.⁶³⁵ Der Gerichtshof notierte eine an „Willkür grenzende“ Ausgestaltung und eine Abwesenheit einer ernsthaften Abhilfemöglichkeit für die Betroffenen,⁶³⁶ da es ungeachtet des Bestandes des jeweiligen Unternehmens diesen jeweils nur wenige Monate zur Antragsstellung und Erlangung der neuen Lizenz gegeben habe und eine Entschädigung nicht vorgesehen gewesen sei.⁶³⁷

631 EGMR, Vékony /. Ungarn, Rn. 8, zu den weiteren Punkten der Lizenzvergabe vgl. Rn. 6-13.

632 EGMR Vékony /. Ungarn, Rn. 16.

633 EGMR, Vékony /. Ungarn, Rn. 32 ff.

634 EGMR, Vékony /. Ungarn, Rn. 34, 36.

635 EGMR, Vékony /. Ungarn, Rn. 35.

636 EGMR, Vékony /. Ungarn, Rn. 34, 36. Der EGMR spricht von „verging on arbitrariness“, im Ergebnis scheint dies dem Verstoß gegen das Willkürgebot weitestgehend gleichgesetzt.

637 EGMR, Vékony /. Ungarn, Rn. 35.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

Zwei weitere Entscheidungen des EuGH werfen sodann ein Schlaglicht auf wirtschaftspolitisch ähnlich gelagerte Vorgänge. Es ist allerdings hervorzuheben, dass der Gerichtshof dabei zu den Rügen der Kläger der Ausgangsverfahren in der Sache nicht Stellung nahm, sondern die finale Beurteilung den mitgliedstaatlichen Gerichten überließ.

Zunächst zu nennen ist die Entscheidung des EuGH in der Rechts-sache *Berlington*, eine Vorabvorlage eines ungarischen Gerichts.⁶³⁸ Hier rügten die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, Handelsgesellschaften im Glücksspielgewerbe, dass Änderungen im Steuerrecht eine Glücksspielsteuer auf bestimmte Automaten änderten, die der ungarische Gesetzgeber ad-hoc um ein Vielfaches steigerte.⁶³⁹ Sie trugen insbesondere vor, die Regelungen führten, ungeachtet ihrer einheitlichen Anwendbarkeit gegenüber allen Marktteilnehmern, zu einer „De-Facto-Exklusivität“ für bestimmte Marktteilnehmer, nämlich Spielkasinos im Unterschied zu Spielhallen.⁶⁴⁰ Die vorher bestehenden Lizenzen erloschen automatisch. Der EuGH verwies diese Frage, die der indirekten Einrichtung eines Monopols in einem Marktbereich gleichkommt (während im EGMR-Fall *Vékony* eine unmittelbare Monopol-Schaffung zu beobachten war) allerdings zur Beurteilung an das nationale Gericht zurück. Gleich verfuhr der EuGH mit der Frage der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes, die er allerdings im Rahmen seiner sich an die Grundfreiheitsprüfung anschließenden Grundrechtsprüfung nach der Charta thematisierte.⁶⁴¹ Er traf dabei die Feststellung, dass im Spannungsfeld des legitimen Interesses der Mitgliedstaaten hinsichtlich der geordneten Lenkung des Glücksspiels und den wirtschaftlichen Interessen der Betreiber, die im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung hinsichtlich einer möglichen Verletzung der Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV, beachtlich waren,⁶⁴² die Ziele der Bekämpfung von Kriminalität und Betrug wirklich, kohärent und systematisch verfolgt sein müssten.⁶⁴³

Ein weiterer Fall gleicher Prägung ist die EuGH-Entscheidung in *SZÉP-Karte und Erzébet-Gutscheine*, diesmal in Form einer Vertragsverletzungs-

638 EuGH, Rs. C-98/14, *Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató kft u.a. /.* Magyar Állam [Ungarischer Staat], Urteil (GK) vom 11.06.2015, ECLI:EU:C:2015:386.

639 EuGH, Rs. C-98/14, *Berlington*, Rn. 2, 13 ff., 18.

640 EuGH, Rs. C-98/14, *Berlington*, Rn. 39-40.

641 EuGH, Rs. C-98/14, *Berlington*, Rn. 79-80.

642 EuGH, Rs. C-98/14, *Berlington*, Rn. 62 ff, 69 ff.

643 EuGH, Rs. C-98/14, *Berlington*, Rn. 92.

klage der Kommission.⁶⁴⁴ Die Entscheidung betraf die gesetzliche Einführung einer Rabatt-Freizeitkarte (sog. SZÉP-Karte) und eines Couponrabattsystems, der sog. Erzsebet-Gutscheine. Beide Systeme konnten zum Erhalt von verschiedenen Dienstleistungen, wie bei der Freizeitgestaltung (SZÉP-Karte) und warmen Mahlzeiten (Erzsebet-Gutscheine) verwendet werden. Sie wurden an Arbeitnehmer ausgegeben, von den Arbeitgebern mit Geldbeträgen „aufgeladen“, welche diese wiederum steuerlich geltend machen können. Die Kommission rügte eine Vertragsverletzung durch die Ausgestaltung des Programms, die darauf hinauslaufe, dass nur Unternehmen bestimmter Beschaffenheit, Größe und Marktetablierung das Programm als Dienstleister anbieten konnten, was aufgrund der Beschaffenheit des Marktes in Ungarn darauf hinausliefe, allein drei ungarische Banken in den Genuss dieser Tätigkeitsmöglichkeit zu bringen.⁶⁴⁵ Diese komme einer Monopolschaffung gleich.⁶⁴⁶

Der EuGH prüfte insbesondere die Frage der Monopolschaffung ausführlich, bejahte sie und befand die gesetzliche Regelung u.a. aus diesem Grund für mit Art. 49 und 56 AEUV unvereinbar.⁶⁴⁷ Allerdings äußerte er sich nicht zu einer weiteren Einordnung in die wirtschaftliche Entwicklung Ungarns. Diese bleibt folglich dem wissenschaftlichen Betrachter überlassen, der, wie hier, Parallelen zu Fällen betreffend Ungarn aufzeigen kann.

Erst in späteren Urteilen ist der EuGH schließlich auch in der Sache kritisch geworden, als er sich mit grundlegenden Änderungen in der ungarischen Eigentums- und Wirtschaftsordnung zu beschäftigen hatte. Prominent geworden ist das in zwei Fällen, in denen sich der Gerichtshof mit der Behandlung von Nießbrauchsrechten an Grundstücken durch den ungarischen Gesetzgeber zu beschäftigen hatte.

In der Rechtssache *SEGRO und Horváth* klagten ein Unternehmen und eine natürliche Person hinsichtlich der Behandlung von Nießbrauchsrechten an landwirtschaftlichen Grundstücken, die die ungarischen Behörden in einem Fall vorab, im anderen Fall nach dem Beitritt Ungarns zur Union gelöscht hatten. Ausgangspunkt hierfür ist zunächst die Besonderheit im postsozialistischen ungarischen Immobiliarsachenrecht, wonach Ausländer kein Grundeigentum, wohl aber ein Nießbrauchsrecht erwerben

644 EuGH, Rs. C-179/14, Kommission /. Ungarn, s. insb. zur Rechtslage Rn. 1, 10 ff., 21 ff.

645 EuGH, Rs. C-179/14, Kommission /. Ungarn, Rn. 72-76.

646 EuGH, Rs. C-179/14, Kommission /. Ungarn, Rn. 1.

647 EuGH, Rs. C-179/14, Kommission /. Ungarn, Rn. 172, 2. Leitsatz des Tenors.

konnten. Dies führte im Verlauf der 2000er Jahre zu einer sehr großen Zahl derartiger dinglicher Belastungen an Grundstücken. 2013 änderte der ungarische Gesetzgeber überraschend nachträglich die Rechtslage am entsprechenden Gesetz, die das Nießbrauchsrecht nur „nahen Angehörigen“ zugestand, zu welchen die Kläger nicht zählten, im Übrigen bestellte Rechte aber für nichtig erklärten.⁶⁴⁸ Die Eigentümer der Klägerin zu 1 waren in Deutschland wohnende Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten, der Kläger zu 2 war Österreicher.⁶⁴⁹

Im ausländischen Journalismus fanden die Änderungen einige Beachtung, u.a. machte der *Deutschlandfunk* geltend, die Änderungen beträfen eine Vielzahl an Investoren und bis zu 20 % der agrarisch genutzten Fläche Ungarns. Zudem begünstigten sie vor allem Großbauern, die Parteifreunde Viktor Orbáns seien.⁶⁵⁰

Der EuGH hielt zunächst fest, dass Art. 345 AEUV zwar die Neutralität des Unionsrechts gegenüber nationalen Eigentumsordnungen vorsehe, dies aber nicht dazu führen könne, dass nationale Regelungen gegen die Grundfreiheiten des Unionsrechts verstießen.⁶⁵¹ Im vorliegenden Fall sah der EuGH in der Regelung eine mittelbare Diskriminierung von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten,⁶⁵² die nur durch ein allgemeines Interesse zu rechtfertigen sei.⁶⁵³ Dies liege aber nicht vor, denn die bloße Bestimmung, dass nur nahe Angehörige Nießbrauchsrechte erwerben dürfen, führe gerade nicht dazu, einer möglichen Bodenspekulation vorzubeugen.⁶⁵⁴ Auch das Ziel der Bekämpfung von Landflucht lasse sich allein durch das Abstellen auf Verwandtenverhältnisse nicht garantieren.⁶⁵⁵ Auch zwei weitere Gegenargumente der ungarischen Regierung verwarf der Gerichtshof. So könne keine Rede davon sein, mit der Regelung den Zufluss von Devisen nach Ungarn kontrollieren zu wollen, wenn gleichzeitig gut 95.000 Ungarn von der Regelung betroffen seien⁶⁵⁶ und zum

648 EuGH, Verb. Rs. C-52/16 und C-113/16, „SEGRO“ Kft. /.. Vas Megyei Kormányhivatal Sárvári Járási Földhivatala und Günther Horváth /.. Vas Megyei Kormányhivatal, Urteil (GK) vom 06.03.2018, ECLI:EU:C:2018:157, zur nationalen Rechtslage insb. Rn. 5 ff.

649 EuGH, Verb. Rs. C-52/16 und C-113/16, SEGRO und Horváth, Rn. 15 und 30.

650 Jan-Uwe Stahr, „Ungarnland in Bauernhand? Viktor Orbáns agrarischer Neustart“, Deutschlandfunk vom 30.10.2013.

651 EuGH, Verb. Rs. C-52/16 und C-113/16, SEGRO und Horváth, Rn. 51.

652 EuGH, Verb. Rs. C-52/16 und C-113/16, SEGRO und Horváth, Rn. 76.

653 EuGH, Verb. Rs. C-52/16 und C-113/16, SEGRO und Horváth, Rn. 81 ff.

654 EuGH, Verb. Rs. C-52/16 und C-113/16, SEGRO und Horváth, Rn. 87.

655 EuGH, Verb. Rs. C-52/16 und C-113/16, SEGRO und Horváth, Rn. 89.

656 EuGH, Verb. Rs. C-52/16 und C-113/16, SEGRO und Horváth, Rn. 104.

anderen diene die Regelung auch nicht der Vermeidung eines bewussten Unterlaufens ungarischen Rechts, wenn vorher geklärt worden sei, dass mit der Regel eben kein legitimer Zweck verfolgt werde.⁶⁵⁷ Art. 63 AEUV stehe daher den Gesetzesänderungen entgegen.

In einem weitgehend identisch gelagerten Fall hat die Kommission wenig später Vertragsverletzungsklage erhoben.⁶⁵⁸ Die Kommission rügte ebenso eine Unvereinbarkeit derselben gesetzlichen ungarischen Vorschriften mit der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 und 63 AEUV) sowie der Eigentumsgarantie der Grundrechtecharta aus ihrem Art. 17.⁶⁵⁹ Der Gerichtshof wiederholte unter Verweis auf das Urteil in SEGRO den Eingriff in Art. 63 AEUV aufgrund des Entzuges „ex lege“ der Nießbrauchsrechte.⁶⁶⁰

Sehr interessant ist sodann die Argumentation hinsichtlich des von der Kommission geltend gemachten Eingriffs in Art. 17 der Grundrechtecharta. Der Gerichtshof befand den Anwendungsbereich der Charta i.S.d. Art. 51 derselben schon deswegen für eröffnet, weil sich Ungarn auf einen Ausnahmetatbestand des Unionsrechts berufen habe.⁶⁶¹ In der Sache ähnelt die – bejahte – Verletzung von Art. 17 der Charta durch Entziehung von Eigentumsrechten derjenigen in SEGRO. Weder sei der Entzug der Nießbrauchsrechte zur Kontrolle des Devisenzuflusses erforderlich gewesen, noch habe Ungarn nachgewiesen, dass eine Umgehung nationaler Eigentumsrechte im Raum gestanden habe.⁶⁶² Im Ergebnis gelangt der EuGH zum harten Befund einer *Entziehung* von Eigentumspositionen unter Verstoß gegen Art. 17 Abs. 1 der Charta.⁶⁶³

657 EuGH, Verb. Rs. C-52/16 und C-113/16, SEGRO und Horváth, Rn. 118 ff., 119-122 insb.

658 EuGH, Rs. C-235/17, Kommission /. Ungarn (Nießbrauchsrechte an landwirtschaftlichen Flächen), Urteil (GK) vom 21.05.2019, ECLI:EU:C:2019:432.

659 EuGH, Rs. C-235/17, Kommission /. Ungarn (Nießbrauchsrechte an landwirtschaftlichen Flächen), Rn. 1.

660 EuGH, Rs. C-235/17, Kommission /. Ungarn (Nießbrauchsrechte an landwirtschaftlichen Flächen), Rn. 58.

661 EuGH, Rs. C-235/17, Kommission /. Ungarn (Nießbrauchsrechte an landwirtschaftlichen Flächen), Rn. 65.

662 EuGH, Rs. C-235/17, Kommission /. Ungarn (Nießbrauchsrechte an landwirtschaftlichen Flächen), Rn. 75-77.

663 EuGH, Rs. C-235/17, Kommission /. Ungarn (Nießbrauchsrechte an landwirtschaftlichen Flächen), Rn. 86.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

c. Bewertung

In keinem der vorbenannten Urteile des EGMR und des EuGH haben die Parteien unmittelbar die Rechtsstaatlichkeit als solche, mit ihr i.S. ihrer Operationalisierung⁶⁶⁴ verknüpfte Prinzipien oder eine systematische Unterwanderung der Unionsrechtsordnung geltend gemacht.⁶⁶⁵ Die „systematische Löschung“ von Nießbrauchsrechten, die der EuGH beobachtet,⁶⁶⁶ bezieht sich vorrangig auf die einheitliche Anwendung der Gesetzesänderung selbst. Die Kommission hat eine Verletzung von Grundprinzipien der Union in keinem der Fälle geltend gemacht, sie hat ihre Klage im letztgenannten Fall auf Grundfreiheiten und das Chartagrundrecht der Eigentumsgarantie gestützt.

Insofern ist die Feststellung, dass die benannten Urteile das Argument einer willkürlichen und weitverbreiteten Unterwanderung rechtsstaatlicher Prinzipien zum Gegenstand haben, eine Rekonstruktion der Wissenschaft, die über den Wortlaut der Urteile hinausgeht und deswegen angreifbar ist. Die systemische Komponente ergibt sich nach meiner Überzeugung aber gleichwohl aufgrund der Konstanz der sowohl vom EGMR als auch vom EuGH beobachteten realen Auswirkungen der untersuchten Gesetzesvorhaben. Stets wurde seitens des Gesetzgebers schnell und stark diskriminierend mit Blick auf bestimmte Personengruppen und dazu plötzlich eine gesetzliche Regelung grundlegend geändert. Die Motivbündel des Gesetzgebers zur Rechtfertigung der Vorhaben haben EGMR und EuGH stets vollständig verworfen oder aber den nationalen Gesetzen genaue Leitlinien bei der eigenen Würdigung vorgegeben, die auf starke Zweifel schließen lassen. Durch Beobachter ist regelmäßig der Verdacht angeführt worden, dass durch den Entzug der Rechtspositionen andere Teilnehmer am Wirtschaftsleben seitens des Gesetzgebers begünstigt werden sollten. Besonders nützlich ist hier eine Feststellung Scheppeles, die später bei der Sichtung des Vertragsverletzungsverfahrens als Verfassungsaufsichtsmechanismus nochmals anklingen muss. Scheppeles Überlegungen zu diesem Verfahren beruhen im Kern auf der Vorstellung einer Zusammenfassung (Bündelung) verschiedener Vertragsverletzungen.

664 S. dazu oben unter B. II. und IV.

665 Der EuGH hat die Überlegung eines systematischen Vorgehens nur insoweit zum Gegenstand seiner Überlegung gemacht, dass umgekehrt Maßnahmen des Mitgliedstaats nur dann zu rechtfertigen sind, wenn sie systematisch und kohärent dem angestrebten Anliegen des Gesetzgebers gerecht werden, vgl. etwa Verb. Rs. C-52/16 und C-113/16, SEGRO und Horváth, Rn. 78.

666 Verb. Rs. C-52/16 und C-113/16, SEGRO und Horváth, Rn. 104.

Wenn sie auch in ihrem Vorschlag hierüber hinausgeht und insbesondere die Subsumierung unter einen grundlegenden Maßstab des Unionsrechts, wie den Wertekatalog des Art. 2 EUV fordert,⁶⁶⁷ so beruht ihr Gedanke doch auf der Feststellung, dass es der Europäischen Kommission gelingen müsse, zunächst in parallelen und augenscheinlich nicht miteinander in Verbindung stehenden Vertragsverletzungen tiefer gelagerte, vorsätzliche Motivbündel seitens der mitgliedstaatlichen Verantwortlichen zu erkennen.⁶⁶⁸ Es gilt, die vorgenannte Rechtsprechung und die Beobachtungen in Presse und Wissenschaft in eine Gesamtschau paralleler, durch Regierung und Gesetzgeber in Ungarn angestoßene Vorgänge zu fassen, hinter denen trotz der Unterschiede im Einzelfall ein vorsätzlicher, in Etappen erfolgender Eingriff in alle Teilbereiche der Gesellschaft, an dieser Stelle in das Wirtschaftsleben und die Eigentumsordnung, zutage tritt.

7. Verwundbare Gruppen

Sicherlich teils auch einem der vorab genannten Topoi zuzuordnen, meines Erachtens aber vorrangig einen weiteren Punkt betreffend, sind so dann ungarische Gesetze, die auf die besondere Exponiertheit der betroffenen Gruppe innerhalb der ungarischen Gesellschaft abzielen. Der treffende Rechtsbegriff zu ihrer Charakterisierung ist derjenige der *verwundbaren Gruppe* (*vulnerable group*).⁶⁶⁹

Der deutschen Rechtssprache und Rechtsdogmatik, die sich hier als Vergleichsobjekt anbietet, scheint ein solcher Begriff aus eigenem Antrieb bislang weitgehend fremd, auch wenn das Bundesverfassungsgericht in jüngerer Rechtsprechung auf die besondere Schutzbedürftigkeit von „Angehörige[n] strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung“ eingegangen ist.⁶⁷⁰ Bislang standen, z.B. im Rahmen von Art. 5 GG, entweder die jeweiligen Einzelpersonen im Verbund oder die juristische Person, die der Verwirklichung dienen, im Vordergrund, wobei dann

667 Kim Lane Scheppelle, „Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions“, S. 114.

668 Vgl. Kim Lane Scheppelle, „Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions“, S. 112.

669 Nochmals hierzu kuriosch bereits die Ausführungen bei Matthias Schmidt & Piotr Bogdanowicz, „The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis“, S. 1087.

670 BVerfGE 147, 1 = NJW 2017, 3643 = 1 BvR 2019/16 – Geschlechtliche Identität, Rn. 59 der Urteilsbegründung.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

auf den Schutz derselben oder der einzelnen in ihr verbundenen Individuen abgestellt wurde.⁶⁷¹ Im Unionsrecht ist der Begriff der verwundbaren Gruppe zwar bekannt, aber hier für die Analyse noch nicht ausreichend. Er weist nämlich nach bisherigem Verständnis vorrangig auf eine Gruppe natürlicher Personen hin, die aufgrund eines höchstpersönlichen Merkmals von der Masse der anderen Menschen abgehoben ist. So jedenfalls ist der Begriff etwa vom Rat für Allgemeine Angelegenheiten oder den Wissenschaftlichen Dienst des Europäischen Parlaments in Bezug auf diverse Minderheiten verwendet worden,⁶⁷² ebenso wie durch den Europäischen Gerichtshof.⁶⁷³ Auch die Unionsrechtswissenschaft, die für „besonders schutzbedürftige Personengruppen“ Kategorisierungen entwickelt hat,⁶⁷⁴ verharrt auf dieser Ebene der Betrachtung. Ähnlich wird der Begriff in der Rechtsprechung des EGMR verwendet.⁶⁷⁵

Ich übernehme deswegen hier das Begriffsverständnis des interamerikanischen Rechts, um den Begriff der verwundbaren Gruppe auch im Unionsrecht für die Rechtsstaatlichkeitskrise nutzbar zu machen. Die dortige

⁶⁷¹ Vgl. etwa Christoph Grabenwarter, in Theodor Maunz & Günter Dürig (Begr./Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 38 ff., insb. Rn. 40, 88. EL, August 2019.

⁶⁷² Schlussfolgerungen des Rates für Allgemeine Angelegenheiten vom 16.12.2014, zitiert in: Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments, *An EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights: Annex II - Assessing the need and possibilities for the establishment of an EU Scoreboard on democracy, the rule of law and fundamental rights*, PE 579.328 - April 2016, S. 34 (für LGBTQ-Personen); eigenes Verständnis des wissenschaftlichen Dienstes des Parlaments auf S. 98 („insular or vulnerable minorities“).

⁶⁷³ EuGH, Rs. C-103/16, Jessica Porras Guisado /. Bankia SA u.a., Schlussanträge der Generalanwältin Eleanor Sharpston vom 14.09.2017, ECLI:EU:C:2017:691, Rn. 38 (schwangere Frauen).

⁶⁷⁴ Ausführlich zu Kindern, älteren Menschen und Menschen mit Behinderungen als „besonders schutzbedürftige Personengruppen“ nach der GRCh Dieter Kugelmann, „Gleichheitsrechte und Gleichheitsgrundsätze“, in: Detlef Merten & Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. VI/1: Europäische Grundrechte I, Springer, Heidelberg, 2010, S. 979-1029. Rn. 72-80.

⁶⁷⁵ EGMR, M.S.S. /. Belgien und Griechenland, Beschwerdenr.: 306096/09, Urteil (GK) vom 21. Januar 2011, Sondervotum des Richters Sajó, S. 100 ff., S. 101-102 (ohne Rn.) der engl. Fassung, mit umf. w. N. d. Rspr. Rezeption dieses Begriffsverständnisses die deutsche Rechtsprechung etwa durch das OVG Magdeburg, Beschluss vom 31.08.2016 - Aktenzeichen 3 L 94/16 = BeckRS 2016, 53928 (Flüchtlinge als „besonders schutzbedürftigen Personengruppe“). Das BVerwG hat den Begriff hingegen bislang wohl nicht selbst übernommen, sondern ihn lediglich als solchen des EGMR angeführt, s. BVerwG, Urt. v. 31.10.2013, Az. 10 C 15.12, ECLI:DE:BVerwG:2013:310113U10C15.12.0. Rn. 24.

Rechtslehre, die insbesondere *Ximena Soley* prägnant dargestellt hat,⁶⁷⁶ unterscheidet zunächst sog. *inhärente Vorbedingungen* (inherent conditions), d. h. höchstpersönliche und dauerhafte Merkmale, die sich auf den körperlichen Entwicklungszustand oder das Verstandesvermögen auswirken. Eine zweite Kategorie sind verwundbare Gruppen aufgrund sog. *struktureller* Merkmale, d.h. dauerhafter oder temporärer körperlicher oder auf die eigene Identität bezogener Merkmale, die die Person einer bestimmten Gruppe zuweisbar machen. Schließlich aber besteht in der interamerikanischen Rechtslehre eine dritte Gruppe von Personen, nämlich solche, die deswegen besonders verwundbar sind, weil sie „situationsspezifischen Risiken ausgesetzt sind“. Es ist diese Gruppe, die an dieser Stelle ganz besonders interessiert.

„Situational risk refers to the special interaction between a person and state authorities. State power is exercised over a person with a special intensity or a person is placed at the mercy of public officials. This is the vulnerability experienced by people who are incarcerated or those committed to psychiatric facilities. Situational risk can also cover other categories of persons, human rights defenders, and journalists in certain political and security contexts.“⁶⁷⁷

In Anlehnung an diese Gruppe kann im Deutschen und für das Unionsrecht von *im Verfassungsleben exponierten Gruppen*⁶⁷⁸ bzw. auch *Personen in besonders grundrechtsintensiven Tätigkeitsbereichen* gesprochen werden. Legt man über die Entwicklung in Ungarn diese letzte Kategorie der im Verfassungsleben exponierten und dadurch verwundbaren Personen, wird die benachteiligende Entwicklung dieser Gruppen als einem kohärenten Mus-

676 Ximena Soley, „The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence“, in: Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan (Hrsg.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Oxford University Press, Oxford, 2017, S. 337-355, S. 345 unter Bezugnahme auf Romina I. Sjniensky, „From the Non-Discrimination Clause to the Concept of Vulnerability in International Human Rights Law: Advancing on the Need for Special Protection of Certain Groups and Individuals“, in: Yves Haecq, Briane McGonigle Ley, Clara Burbano Herrera, Diana Contreras Garduno (Hrsg.), *The Realisation of Human Rights: When Theory Meets Practice: Studies in Honour of Leo Zwaack*, Intersentia, Cambridge, 2014, S. 259-272.

677 Ximena Soley, „The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence“, S. 345.

678 Dieser Begriff ist nicht zu verwechseln mit der „politisch exponierten Person“ (PEP), einem Begriff des Wirtschaftsstrafrechts.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

ter folgend sichtbar. Mehrere Gesetzesänderungen in Ungarn sind dann entsprechend einzuordnen.

Eine konsistente Verklammerung dieser Vorgänge ergibt sich insbesondere aus dem Gutachten der Venedig-Kommission zum 4. Verfassungsänderungsgesetz und darüber zu mehreren Gesetzesnovellen bereits im Jahr 2013. Die dort zusammen überprüften Gesetze betrafen die Anerkennung religiöser Gemeinschaften als öffentlich-rechtlich privilegierte Körperschaft („inkorporierte Kirche“),⁶⁷⁹ die Parteienwerbung,⁶⁸⁰ die finanzielle Unabhängigkeit von Hochschuleinrichtungen,⁶⁸¹ die Gewährung verbesselter Rückzahlungskonditionen für Studienkredite an Personen, die nach ihrem Studium in Ungarn bleiben und nicht von ihrer unionsrechtlichen Freizügigkeit Gebrauch machen⁶⁸² und ein gesetzliches Nächtigungsverbot für Obdachlose.⁶⁸³ Die Regelungsmaterie dieser Gesetze ist überaus heterogen. Es gilt daher für die Beobachtung der einheitlichen Motivlage, neben der gemeinsamen Diskussion durch die Venedig-Kommission, für die Bündelung dieser unterschiedlichen Gesetze das zuvor zu den Urteilen betreffend den Eingriff des ungarischen Gesetzgebers in marktwirtschaftliche Abläufe Gesagte. Es ist Aufgabe der Rechtswissenschaft, aufbauend auf das vermutete Telos der Maßnahmen und eine topische Verklammerung eine einheitliche Struktur herauszuarbeiten, ohne dass der Wortlaut der Gesetze selbst, noch häufig die unmittelbare rechtliche Würdigung durch die Gerichte, hierbei Unterstützung bieten, auch wenn die Gesetze, wie im Fall der Novelle zum Kirchengesetz, Gegenstand eines EGMR-Urteils

679 Venedig-Kommission, CDL-AD(2013)012, Opinion 720/2013, Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary vom 17.06.2013, Rn. 30 ff. Der Begriff der „inkorporierten Kirche“ findet sich dort nicht, sondern entstammt der sogleich unten zitierten Rspr. des EGMR.

680 Venedig-Kommission, CDL-AD(2013)012, Opinion 720/2013, Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary vom 17.06.2013, Rn. 37 ff.

681 Venedig-Kommission, CDL-AD(2013)012, Opinion 720/2013, Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary vom 17.06.2013, Rn. 54 ff.

682 Venedig-Kommission, CDL-AD(2013)012, Opinion 720/2013, Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary vom 17.06.2013, Rn. 58 und ff.

683 Venedig-Kommission, CDL-AD(2013)012, Opinion 720/2013, Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary vom 17.06.2013, Rn. 62 und ff.

waren,⁶⁸⁴ wobei im Gerichtshof der Fall keinesfalls einheitlich beurteilt wurde.⁶⁸⁵

Abgesehen von Obdachlosen sind alle benannten Gruppen (Kirchen, Parteien, Hochschulen und deren Studenten) vorrangig zwar nicht Personen, die notwendigerweise als „schwach“ einzustufen wären. Regelmäßig sind sie sogar in der Lage, wie etwa NGOs, sehr öffentlichkeitswirksam auf sich aufmerksam zu machen. Ihre Verwundbarkeit resultiert vielmehr aus ihrem besonderen Daseinszweck (Kirche, Partei, Hochschule), der für ihre Angehörigen regelmäßig auf eine ganz bestimmte Zielerreichung ausgelegt ist, in der sie durch staatliche Eingriffe besonders schnell gestört werden können. Oder aber, es steht der Zweck ihrer Tätigkeit im konkreten Fall im Vordergrund, etwa bei Studenten, durch welchen der Erfolg spezifisch an die Ausübung eines bestimmten Rechts, sei es Grundrecht oder Grundfreiheit, geknüpft ist. Auch Begleitumstände, wie besondere Subordinationsverhältnisse, wiederum bei Studenten oder auch bei Kirchen oder Hochschulen gegenüber den Zuwendungsgebern oder durch besondere Unberechenbarkeit und zeitliche Relevanz von Vorhaben, wie bei Parteien, setzen diese Gruppen aufgrund des Angewiesenseins auf besondere situative Vorteile in ein Abhängigkeitsverhältnis zum Staat. Dies hat sich in den bereits geschilderten Fällen gerade der Lex CEU wiederholt. Ziel des Gesetzes war es schließlich, diejenige zentrale Verwundbarkeit auszumachen, die die Universität letztlich zwang, mit einem Großteil ihres akademischen Angebots Ungarn zu verlassen.

Es steht zu beobachten, dass die ungarische Gesetzgebung, welche im Fokus von Union und Europarat steht, darauf abzielt, diese Situationsvorteile abzuschaffen und damit indirekt den Daseinszweck bzw. die Zweckerreichung der Gruppe oder der ihr angehörenden Personen zu vereiteln. So bescheinigt die Venedig-Kommission den von der ungarischen Regierung und dem Parlament verantworteten Gesetzesnovellen, durch *über-*

684 EGMR, Magyar Kereszteny Mennonita Egyház [Ungarische Christlich-Mennonitische Kirche] u.a. /. Ungarn, Beschwerdenr. 70945/11 u.a., Urteil vom 08.04.2014, zum Urteil auch Katalin Kelemen, „The New Hungarian Constitution: Legal Critiques from Europe“, in: *Review of Central and East European Law* 42 (2017), S. 1-49, S. 4.

685 EGMR, Magyar Kereszteny Mennonita Egyház u.a. /. Ungarn, Abweichende Meinung des Richters Spáno, unterstützt vom Richter Raimondi, Rn. 12 und 13, der den Änderungen im Wesentlichen einen zuwendungsrechtlichen Charakter zuschrieb und daher bereits die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 9 und 11 der EMRK ablehnte.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

schießende Regelungen oder *unbestimmte Tatbestände*⁶⁸⁶ die Novellen nicht hinreichend gegen eine Nutzung zu sichern, die diese Gruppen in ihrer Existenz oder Rechtsverwirklichung beeinträchtigen könnte. Sie spricht ebenso von einer „instrumentellen Verwendung der Verfassung“.⁶⁸⁷

8. Uniformitätsentscheidungen und die zurückgenommene Verwaltungsgerichtsreform von 2019

Zwei jüngere Topoi hinsichtlich Ungarn, mit denen die Darstellung der dortigen Krise zu beschließen ist, betreffen Änderungen im Justizsystem, die bislang zum einen den Gerichtshof nur marginal beschäftigt haben, zum anderen zwar prominent diskutiert wurden, durch die ungarische Seite aber nicht weiterverfolgt wurden.

Ihre Verbindung ergibt sich wiederum dadurch, dass die Venedig-Kommission den ersten Topos, die sog. *Uniformitätsentscheidung* (abgeleitet aus der im Englischen regelmäßig anzutreffenden „uniformity decision“)⁶⁸⁸ zum wiederholten Male im Rahmen des zweiten Topos der im Jahr 2018 zunächst angekündigten, 2019 dann zurückgenommenen *Verwaltungsgerichtsreform* diskutiert hat.⁶⁸⁹

Die erste Problematik, die sog. Uniformitätsentscheidung, ist eine besondere, in Ungarn seit langem etablierte und bis ins 19. Jahrhundert zurückreichende Ausprägung des *stare-decisis*-Prinzips.⁶⁹⁰ Das Rechtsinstitut

686 S. etwa Venedig-Kommission, CDL-AD(2013)012, Opinion 720/2013, Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary vom 17.06.2013, Rn. 36, 141 insb.

687 Venedig-Kommission, CDL-AD(2013)012, Opinion 720/2013, Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary vom 17.06.2013, Rn. 135 und ff.

688 Vgl. dazu die entsprechende Informationsseite des ungarischen Obersten Gerichtshofs (Kúria), <https://kuria-birosag.hu/en/uniformity-decisions>.

689 Amtliche Übersetzung des Gesetzesvorhabens in englischer Sprache verfügbar gemacht durch die Venedig-Kommission als CDL-REF(2019)003, Opinion no. 943/2018, Hungary - Act on Administrative Courts and Act on the entry into force of the Act on Administrative Courts and certain transitional rules vom 29.01.2019.

690 Zu den historischen Wurzeln Venedig-Kommission, CDL-AD(2019)004, Opinion no. 843/2018, Hungary - Opinion on the law on administrative courts and the law on the entry into force of the law on administrative courts and certain transitional rules vom 19.03.2019, Rn. 103, 104 bei Fn. 42, weiter Venedig-Kommission, CDL-AD(2019)004, Opinion no. 843/2018, Hungary - Opinion on the law on administrative courts and the law on the entry into force of the

der Uniformitätsentscheidung hat zur Folge, dass der ungarische Gerichtshof (Kúria) in bestimmten Fällen Grundsatzurteile trifft, deren Tenor für die nachrangigen Gerichte umfassende Bindungswirkung entfaltet.⁶⁹¹ Die Venedig-Kommission sah hierin einen möglichen Eingriff in den Grundsatz der *internen Unabhängigkeit* der Richterschaft, d.h. die Unabhängigkeit von Entscheidungen anderer Instanzen.⁶⁹² Denn die neu gefasste Uniformitätsentscheidung verpflichtet Gerichtspräsidenten nachrangiger Instanzgerichte, konstant die Rechtsprechung des eigenen Gerichts auf tatsächlich oder auch nur „theoretische“ Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung der Kúria durchzugehen, womit sie zu „Überwachern“ der entsprechenden Rechtsprechung ihrer Gerichte würden. Zusätzlich stellte die Venedig-Kommission fest, dass die Abweichung von dieser Rechtsprechung in die Evaluierung von Richtern einfloss.⁶⁹³ Wenn auch damit eine Einrichtung des Europarates große Zweifel am Institut der Uniformitätsentscheidung hat, steht eine Beurteilung durch die Union weitestgehend aus. Bis heute hat der Europäische Gerichtshof meiner Kenntnis nach nicht zu der Konformität dieser Verfahrensbesonderheit des ungarischen Rechts Stellung bezogen.

Das gilt nicht für eine – gewaltenüberschreitende – Variante dieser Uniformitätsentscheidung im ungarischen Asylrecht. Hier hatte der ungarische Gesetzgeber 2015 den Gerichten die Möglichkeit genommen, Asylbescheide der zuständigen Behörden aufzuheben und abzuändern. Er beließ ihnen nur die reine Kassationsmöglichkeit mit Rückverweisung, womit die materielle Entscheidung bei den Asylbehörden verbleib, und berief sich dabei auf eine vermeintliche Prozessoptimierung. Nachdem bereits

law on administrative courts and certain transitional rules vom 19.03.2019, Rn. 102-105.

- 691 Hierzu, sowohl für die Wirkung in der ordentlichen Gerichtsbarkeit wie auch für die nicht in Kraft getretene Möglichkeit in Bezug auf die Verwaltungsgerichte, Venedig Kommission, CDL-AD(2019)004, Opinion no. 843/2018, Hungary - Opinion on the law on administrative courts and the law on the entry into force of the law on administrative courts and certain transitional rules vom 19.03.2019, Rn. 102.
- 692 Venedig-Kommission, CDL-AD(2012)001, Opinion 663/2012, Opinion on Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges and Act CLXI of 2011 on the Organisation and Administration of Courts of Hungary vom 19.03.2012, Rn. 69.
- 693 Venedig-Kommission, CDL-AD(2012)001, Opinion 663/2012, Opinion on Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges and Act CLXI of 2011 on the Organisation and Administration of Courts of Hungary vom 19.03.2012, Rn. 71-72.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

Generalanwalt Bobek große Zweifel an dieser Regelung angemeldet hatte, erklärte der Gerichtshof sie mit Sekundärrecht und Art. 47 der Grundrechtecharta unvereinbar, da es den Gerichten gleichwohl möglich sein müsse, in der Sache nochmals eine objektive neue Prüfung vorzunehmen.⁶⁹⁴ Die Kritik des Gerichtshofs am ungarischen Gesetzgeber war scharf und hielt im Wesentlichen fest, der Gesetzgeber habe stellenweise die Bedeutung des Unionsrechts vollkommen verkannt:

„Nationale Rechtsvorschriften, die zu einer solchen Situation führen, enthalten der Person, die internationalen Schutz beantragt, jedoch de facto den wirksamen Rechtsbehelf im Sinne von Art. 46 Abs. 3 der Richtlinie 2013/32 vor und erkennen den Wesensgehalt des in Art. 47 der Charta verankerten Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf, da das nach einer den Anforderungen des Art. 46 Abs. 3 der Richtlinie 2013/32 entsprechenden Prüfung ergangene Urteil des Gerichts, mit dem dieses entschieden hat, dass diese Person die in der Richtlinie 2011/95 vorgesehenen Voraussetzungen für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft oder des Status eines subsidiär Schutzberechtigten erfüllt, ins Leere läuft, wenn das Gericht über keinerlei Mittel verfügt, um seinem Urteil Geltung zu verschaffen.“⁶⁹⁵

In der *Debatte um die Verwaltungsgerichtsreform* von 2018/2019 in Ungarn hat sich die Frage einer Uniformitätsentscheidung erneut Bahn gebrochen, wenn auch, wie 2012 im Rahmen der Änderungen in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, wiederum als eine unter mehreren Fragen.

Ungarn zählt zu denjenigen europäischen Staaten, die in jüngerer Zeit traditionell keine separate Verwaltungsgerichtsbarkeit kennen. Stattdessen wird diese Gerichtsbarkeit von besonderen Kammern innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit ausgeübt, das System funktioniert im Allgemeinen gut.⁶⁹⁶ Mit dem Gesetzentwurf vom Juni 2018 fügte der ungarische Gesetzgeber zunächst im ungarischen Grundgesetz eine entsprechende

694 Vgl. EuGH, Rs. C-556/17, Alekszij Torubarov /. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal, Schlussanträge des Generalanwalts Michal Bobek, vom 30.04.2019, ECLI:EU:C:2019:339, dort insb. Rn. 1-6, 72, 80-85; Urteil (GK) vom 29.07.2019, ECLI:EU:C:2019:626, Rn. 66 ff. und Tenor.

695 EuGH, Rs. C-556/17, Alekszij Torubarov /. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal, Urteil (GK) vom 29.07.2019, ECLI:EU:C:2019:626, Rn. 72.

696 Vgl. dazu Venedig-Kommission, CDL-AD(2019)004, Opinion no. 843/2018, Hungary - Opinion on the law on administrative courts and the law on the entry into force of the law on administrative courts and certain transitional rules vom 19.03.2019, Rn. 8 und ff.

Rechtsgrundlage für die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit ein und schuf im Dezember 2018 zwei Ausführungsgesetze, inklusive einer neuen VwGO, die als Rechtsgrundlage für die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit hätten dienen sollen.⁶⁹⁷ Vorgesehen war dazu ein eigener Verwaltungsgerichtshof (im Englischen abgekürzt als SAC) und ein eigener Nationaler Verwaltungsrichterrat (im Englischen abgekürzt als NAJC).⁶⁹⁸

Dabei gab der ungarische Gesetzgeber als Rechtfertigung an, an die ungarische Rechtstradition von vor 1949 anknüpfen zu wollen und die Justizreform an bestehende Regelungen in Bayern und Österreich anzulehnen.⁶⁹⁹ Tatsächlich hat Österreich 2012 eine novellierte Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt, die insbesondere das stark fragmentierte System der zuvor bestehenden sog. Verwaltungssenate und entsprechend zuständiger Ämter abgelöst hat.⁷⁰⁰

Die Venedig-Kommission, die zum wiederholten Male um Begutachtung gebeten wurde, bewegte sich, schon aufgrund der sehr verschiedenen Verwaltungsgerichtstraditionen im europäischen Rechtsraum, auf glattem Parkett und ging ausdrücklich auf Möglichkeiten der Verzahnung und Interaktion etwa der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit der Verwaltung selbst, darunter in Deutschland und Frankreich, ein.⁷⁰¹

Gleichwohl war es ihr möglich, eindeutige Kritik an dem Vorhaben zu äußern, darunter die exzessiven Befugnisse des Nationalen Verwaltungsgerichtsrates und des Justizministers, die beide zu einer großen Politisierung der Gerichtsbarkeit geführt hätten. Insbesondere gerügt wurde aber die

697 Venedig-Kommission, CDL-AD(2019)004, Opinion no. 843/2018, Hungary - Opinion on the law on administrative courts and the law on the entry into force of the law on administrative courts and certain transitional rules vom 19.03.2019, Rn. 7 und ff.

698 Venedig-Kommission, CDL-AD(2019)004, Opinion no. 843/2018, Hungary - Opinion on the law on administrative courts and the law on the entry into force of the law on administrative courts and certain transitional rules vom 19.03.2019, Rn. 7.

699 Venedig-Kommission, CDL-AD(2019)004, Opinion no. 843/2018, Hungary - Opinion on the law on administrative courts and the law on the entry into force of the law on administrative courts and certain transitional rules vom 19.03.2019, Rn. 25 ff.

700 Dazu konzise die Regierungsvorlage zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, 1618 der Beilagen XXIV. GP - Regierungsvorlage - Vorblatt und Erläuterungen, S. 3-5.

701 Venedig-Kommission, CDL-AD(2019)004, Opinion no. 843/2018, Hungary - Opinion on the law on administrative courts and the law on the entry into force of the law on administrative courts and certain transitional rules vom 19.03.2019, Rn. 34.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

Ernennung von Verwaltungsrichtern, die aufgrund eines „Punktesystems“ erfolgt wäre, das nachweislich Kandidaten aus der Verwaltungspraxis und damit potentiell Parteikader bevorzugt hätte.⁷⁰²

Im Juli 2019 gab Ungarn überraschend bekannt, die Reform nicht weiterverfolgen zu wollen.⁷⁰³ Damit erledigt sich eine eingehendere Analyse, die ansonsten an dieser Stelle hätte erfolgen müssen. Auch die sehr schwierige Frage einer Vergleichbarkeit mit dem Recht anderer Mitgliedstaaten hätte dann im Raum gestanden.

9. Zwischenergebnis zu Ungarn

Die vorangegangenen Ausführungen zu Ungarn haben gezeigt, wie heterogen die Vorhaben sind, die die Rechtswissenschaft und die interessierte Öffentlichkeit als Beispiele für die krisenhaften Umbrüche in Ungarn seit 2010 ausmacht. Im Unterschied zu den Vorgängen in Polen ist die thematische Verzahnung mit den Ausführungen gerade des Europäischen Gerichtshofs zur Rechtsstaatlichkeit, wie ich sie in Teil B. dieser Arbeit dargestellt habe, nicht immer evident, denn sie betreffen gerade nicht ausschließlich die Gerichtsbarkeit in Ungarn. Die Umbrüche in Ungarn, die seitens der Europäischen Kommission, des Europäischen Gerichtshofs und im Straßburger System seitens des EGMR und der Venedig-Kommission seit 2010 kritisiert und begutachtet worden sind, sind so vielschichtig wie eine moderne Gesellschaft eben ist, sie erfassen einen Gutteil des gesellschaftlichen öffentlichen Lebens, von Hochschulen über Nichtregierungsorganisationen, Grundlagen der Wirtschaftsordnung und die Eigentumsgarantie, die Grundlagen von Religionsgemeinschaften bis zur Frage der Rechte von Obdachlosen.

Haben daher Möllers und Schneider nicht doch recht, wenn sie meinen, es sei das Demokratieprinzip und nicht dasjenige der Rechtsstaatlichkeit, das den materiellen Kern der Krise am besten treffe? Gerade in Ungarn hat es auch ein Beispiel gegeben, das ich noch aufgespart habe, da es diesen Eindruck ganz besonders stützt, und zwar die Änderung des unga-

702 Venedig-Kommission, CDL-AD(2019)004, Opinion no. 843/2018, Hungary - Opinion on the law on administrative courts and the law on the entry into force of the law on administrative courts and certain transitional rules vom 19.03.2019, Rn. 49 ff.

703 Vgl. Krisztina Than & Larry King Reuters, „Hungary abandons plan for administrative courts, justice minister says“, Reuters vom 23.07.2019.

rischen Wahlrechts von 2014, welches insbesondere durch Scheppelle in der *New York Times* ausführlich besprochen und kritisiert wurde⁷⁰⁴ und für die Parlamentswahlen 2018 eine OSZE-Beobachtermission⁷⁰⁵ zur Folge hatte. Scheppelle identifizierte dort als Hauptschwächen der Wahlrechtsänderung die sehr hohen Margen, mit denen Wahlkreise vom Durchschnitt der erfassten Wähler abweichen könnten, was zusätzlich nicht im Landesdurchschnitt, wie von der Venedig-Kommission gefordert, sondern pro Wahlkreis gemessen werde. Weiter hob sie den einheitlichen Zuschnitt aller Wahlkreise im Land nach dem Willen der Fidesz hervor, die Abschaffung eines zweiten Wahldurchgangs zugunsten eines einzigen, bei dem die relative Mehrheit im Wahlkreis für ein Direktmandat ausreicht, die hohen Hürden für kleine Parteien im Hinblick auf die Berücksichtigung von Zweitstimmen sowie schließlich Ausgleichsmandate, die der stärksten Partei (Fidesz) dafür zugestanden werden, in Wahlkreisen mehr als die für die relative Mehrheit notwendigen Stimmen erreicht zu haben. Separat hiervon hielt sie fest, das Wahlgesetz habe 2014 53% der abgegebenen Zweitstimmen in eine Zweidrittelmehrheit für die Fidesz umgewandelt.⁷⁰⁶

In ihrem Bericht zur Wahl von 2018 sieht die OSZE zwar Grundrechte und -freiheiten der Wähler gewahrt, allerdings die gesamte Wahl von sehr einschüchternder Rhetorik seitens der Presse und Regierungsmehrheit geprägt:

„the parliamentary elections were characterized by a pervasive overlap between state and ruling party resources, undermining contestants' ability to compete on an equal basis. Voters had a wide range of political options but intimidating and xenophobic rhetoric, media bias and opaque campaign financing constricted the space for genuine political debate, hindering voters' ability to make a fully-informed choice. The

-
- 704 Kim Lane Scheppelle, „An Election in Question“, Parts 1-5, Fünfteilige Serie für die *New York Times*, veröffentlicht am 28.02.2014 als Teil der Opinion Pages und Gastbeitrag zur Kolumne von Paul Krugman, „The Conscience of a Liberal“, abrufbar unter: <https://krugman.blogs.nytimes.com/2014/02/28/hungary-an-election-in-question-part-1/>.
- 705 Die gesamte Dokumentation der Mission ist verfügbar unter: <https://www.osce.org/odihr/elections/hungary/373603>.
- 706 Kim Lane Scheppelle, „Constitutional Coups and Judicial Review“, S. 61; weiter Kim Lane Scheppelle, „Constitutional Coups in EU Law“, S. 457-458.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

technical administration of the elections was professional and transparent“.⁷⁰⁷

Auch das im Frühjahr 2020 im Zuge der sog. „Corona-Krise“ verabschiedete Notstandsgesetz, das für diese Arbeit nicht mehr eingehend berücksichtigt werden konnte, ist in ersten Reaktionen durch die Europäische Kommission oder die OSZE vorrangig aus der Warte der Gefährdung der Demokratie kritisiert worden.⁷⁰⁸

Gleichwohl bleibe ich an dieser Stelle bei meiner anfänglichen Beobachtung, dass es gerade die Frage der Beeinträchtigung der Rechtsstaatlichkeit ist, die es erlaubt, die Vorgänge in Ungarn als Gesamtentwicklung zu betrachten.⁷⁰⁹ Ich stelle dabei also nicht vorrangig auf die Auswirkungen der jeweiligen Gesetze in der ungarischen Gesellschaftswirklichkeit ab, sondern vorrangig auf gemeinsame Merkmale ihres Zuschnitts und Zustandekommens. Ich habe dargelegt, dass sehr häufig der Gesetzgebungsprozess ad-hoc, im Sinne einer Gewaltenkollusion, schnell und unvorhersehbar abläuft. Ich habe gezeigt, wie häufig Gesetze sog. versteckte Einzelfallgesetze sind, dass sie verwundbare Gruppen im Gesellschaftsleben isolieren, dass sie Rechtspositionen willkürlich und ohne Entschädigung entziehen. Dies läuft, greift man die 2014 seitens der Kommission in ihrem EU-Rahmen vorgelegten Katalog der mit dem Rechtsstaatsprinzip assoziierten Prinzipien in der Judikatur des EuGH auf, insbesondere der Rechtssicherheit, dem Willkürverbot und der Gleichheit vor dem Gesetz zuwider.⁷¹⁰ Umbrüche im ungarischen Justizsystem, darunter diejenigen

707 OSZE/ODIHR, „Hungary: Parliamentary Elections: 8 April 2018: ODIHR Limited Election Observation Mission: Final Report“, ohne Az., Warschau, 27.10.2018, Executive Summary, S. 1.

708 OSZE, „Newly declared states of emergency must include a time limit and parliamentary oversight, OSCE human rights head says“, Presseerklärung vom 30.03.2020, abrufbar unter: <https://www.osce.org/odihr/449311>, Statement by President von der Leyen on emergency measures in Member States, vom 31.03.2020, STATEMENT/20/567.

709 Wie hier auch z.B. Gábor Attila Tóth, „Illiberal Rule of Law? Changing Features of Hungarian Constitutionalism“, in: Maurice Adams, Anne Meuwese and Ernst Hirsch Ballin (eds), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism* (Cambridge University Press 2017), S. 386-415, insb. S. 389 f., der allerdings einen Schwerpunkt auf die rechtstheoretischen Wurzeln des Rechtsstaatsbegriffs legt.

710 Vgl. dazu nochmals Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips vom 11.03.2014, COM(2014) 158 final, Anhang I: Das Rechtsstaatsprinzip als tragendes Prinzip der Union.

im Verfassungsprozessrecht und der ordentlichen Gerichtsbarkeit weisen starke Parallelen zu Polen auf und rücken zu Polen gemachte Feststellungen zur Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit, auch seitens des Gerichtshofs, in den Vordergrund, obwohl sie für Ungarn bislang nicht durch den EuGH entschieden worden sind. Darauf, dass sich dies ggf. ändern könnte, deuten einzelne Vorabvorlagen, etwa in der Rechtssache *IS* hin, die zum Zeitpunkt der Beendigung der Arbeit noch nicht entschieden war.⁷¹¹

Ein intersystemischer Konflikt, wie von Bogdandy formuliert, ein Spillover-Effekt oder auch die besondere Schwere, Dauer und Fallzahl, wie sie Generalanwalt Geelhoed seiner Figur der „general and persistent infringement“ im Unionsrecht zugeschrieben hat, sind folglich eindeutig erwiesen. Ungarn zählt damit, neben Polen, zu denjenigen Fällen, in denen sich durch Regierung und Parlament vorsätzlich herbeigeführte systemische Defizite in besonders klarer Form verwirklicht haben. Kurz vor Manuskriptschluss dieser Arbeit kündigte Kommissionspräsidentin von der Leyen in einem Brief an Parlamentspräsident Sassoli an:

„I can assure you that the Commission is closely monitoring the emergency measures taken by Member States, including Hungary. This monitoring concerns the consistency with the essential values of our Union set out in Article 2 TEU, as well as with EU law in general and with the Charter of Fundamental Rights in particular.“⁷¹²

Inwiefern sich hieraus weitere Maßnahmen gegenüber Ungarn, nun gerade explizit unter Bezugnahme auf alle Werte der Union in Art. 2 EUV, ableiten lassen, müssen zukünftige Arbeiten zeigen.

711 EuGH, Rs. C-564/19, IS, anhängig, die Zusammenfassung der Vorlage des Pest Központi Kerületi Bíróság (Zentrales Stadtbezirksgericht Pest, Ungarn) vom 11.07.2019 durch die Kanzlei des Gerichtshofs ist einsehbar unter: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;text=%2522judicial%2Bdependence%2522%2Bhungary&docid=220134&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=7611835>, lässt darauf schließen, dass das vorlegende Gericht insbesondere eine Beurteilung des Nationalen Justizrates durch den EuGH wünscht. Eine Veröffentlichung der Vorabvorlagefragen im Amtsblatt ist bislang nicht erfolgt.

712 Ursula von der Leyen, Letter to David Maria Sassoli, President of the European Parliament, vom 07.04.2020, Ares (2020) 1925071, publik gemacht in Bulletin Quotidien Europe 12468 - 17/4/2020, Eintrag „Viktor Orbán's full powers in European Parliament's crosshairs“, o.S.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

V. Wechselnde Befunde und Anlass zur Sorge – die Lage in Bulgarien und Rumänien im Spiegel der Rechtspraxis

1. „Ultimus inter pares“?

Zu den bereits 2014 durch von Bogdandy und Ioannidis als Beispiele für systemische Defizite identifizierten Mitgliedstaaten⁷¹³ zählen auch die Mitgliedstaaten Bulgarien und Rumänien, die sich bislang in vielfacher Hinsicht von anderen Mitgliedstaaten unterscheiden. Augenscheinlich wird dies durch Umstände wie den bislang nicht erfolgten Beitritt in den Schengenraum oder das weit unter dem EU-Durchschnitt liegende Einkommen der Arbeitnehmer.⁷¹⁴ Auch im Hinblick auf die Beobachtungen der Union zur dortigen Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze und guter Verwaltung ergeben sich bedeutende Unterschiede zu anderen Mitgliedstaaten. Fehlt es auch bislang in Literatur und Praxis, wie dies im Hinblick auf Polen und Ungarn herauszuarbeiten war, an Vermutungen über politische Programme, die in beiden Mitgliedstaaten verwirklicht würden, so zeigt sich doch das Misstrauen der Union und der anderen Mitgliedstaaten gerade gegenüber Bulgarien und Rumänien in dem Umstand, dass seit ihrem Beitritt 2007 ununterbrochen ein *sui-generis*-Verfahren des Unionsrechts zur Anwendung gelangt ist, der sog. *Kooperations- und Verifikationsmechanismus* (Cooperation and Verification Mechanism, CVM).⁷¹⁵ Obwohl die Mechanismen, die die Union im Rahmen der Rechtsstaatlichkeitskrise genutzt hat, erst im nachfolgenden Teil der Arbeit behandelt werden, ist hier die Sichtung des CVM vorzuziehen, weil sich der Befund, dass dort Probleme mit der Rechtsstaatlichkeit bestehen, seit dem Beitritt beider Staaten unmittelbar auf die Nutzung des Verfahrens stützt, während für

713 Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, Das systemische Defizit, S. 304 ff.

714 Hierüber informiert Eurostat, „Löhne und Arbeitskosten“, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Wages_and_labour_costs/de#Bruttol.C3.B6hne.2F-verdienste.

715 Vgl. jeweils Europäische Kommission, Entscheidung vom 13. Dezember 2006 zur Einrichtung eines Verfahrens für die Zusammenarbeit und die Überprüfung der Fortschritte Bulgariens bei der Erfüllung bestimmter Vorgaben in den Bereichen Justizreform und Bekämpfung der Korruption und des organisierten Verbrechens, ABl. (EU) L 354/58 vom 14.12.2006, und andererseits die Entscheidung der Kommission vom 13. Dezember 2006 zur Einrichtung eines Verfahrens für die Zusammenarbeit und die Überprüfung der Fortschritte Rumäniens bei der Erfüllung bestimmter Vorgaben in den Bereichen Justizreform und Korruptionsbekämpfung, ABl. (EU) L 354/56 vom 14.12.2006.

Polen und Ungarn etwa die Beobachtung derartiger Schwierigkeiten der Nutzung der Verfahren vorausging.

2. Der „Kooperations- und Verifikationsmechanismus“ (CVM) und die divergierende Entwicklung in beiden Mitgliedstaaten

Der CVM findet seine Rechtsgrundlage sowohl im verbindlichen Sekundär- als auch im Primärrecht, zunächst in Art. 36-42 der Beitrittsakte Bulgariens und Rumäniens zur Union, eine Rechtsgrundlage, die Primärrechtsrang hat. Gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 des – mit der *Beitrittsakte*⁷¹⁶ nicht zu verwechselnden – *Beitrittsvertrags*⁷¹⁷ ist die Akte Bestandteil des *Beitrittsvertrags*, gleichzeitig aber selbst in Form eines gesonderten Vertrages ausgestaltet. Die Akte stellt gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 1. HS des *Beitrittsvertrages* „Aufnahmebedingungen“ an die adressierten Mitgliedstaaten. Gem. Art. 37 und 38 der Akte kann die Union „Maßnahmen“ gegenüber beiden Mitgliedstaaten ergreifen, damit potentiell auch direkte Sanktionen, die in der Akte nur durch Grundsätze, namentlich den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, eingegrenzt sind. Der CVM ist die Umsetzung dieser Ermächtigung und findet seit Beitritt Bulgariens und Rumäniens zur Europäischen Union 2007 Anwendung. Die Europäische Kommission stützt ihn⁷¹⁸ gegenüber Bulgarien und Rumänien insbesondere auf Art. 37 und 38 der *Beitrittsakte*. Um den CVM auszustalten, ist getrennt gegenüber Bulgarien und Rumänien jeweils eine Entscheidung ergangen (nach heutiger Rechtslage des Vertrages von Lissabon: Beschluss), deren Anhänge einzelne *Vorgaben* (engl.: *Benchmarks*) schaffen, welche beide Länder erfüllen

716 Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Bulgarien und Rumäniens und die Anpassungen der Verträge, auf denen die Europäische Union beruht, ABl. (EU) L 157/203 vom 21.06.2005.

717 Vertrag [...] über den Beitritt der Republik Bulgarien und Rumäniens zur Europäischen Union, ABl. (EU) L 157/11 vom 21.06.2005.

718 Vgl. jeweils Europäische Kommission, Entscheidung vom 13. Dezember 2006 zur Einrichtung eines Verfahrens für die Zusammenarbeit und die Überprüfung der Fortschritte Bulgariens bei der Erfüllung bestimmter Vorgaben in den Bereichen Justizreform und Bekämpfung der Korruption und des organisierten Verbrechens, ABl. (EU) L 354/58 vom 14.12.2006, Erwägungsgrund 5, und andererseits die Entscheidung der Kommission vom 13. Dezember 2006 zur Einrichtung eines Verfahrens für die Zusammenarbeit und die Überprüfung der Fortschritte Rumäniens bei der Erfüllung bestimmter Vorgaben in den Bereichen Justizreform und Korruptionsbekämpfung, ABl. (EU) L 354/56 vom 14.12.2006, Erwägungsgrund 5.

len müssen – die Entscheidungen formulieren ausdrücklich „to be addressed/doit atteindre“, im Deutschen heißt es hingegen lediglich „Vorgaben an“.⁷¹⁹ Hierzu überprüft die Kommission regelmäßig die Fortschritte in beiden Mitgliedstaaten und erstattet dazu in zwei Berichtsreihen Bericht, den sog. „Fortschrittsberichten“ und den „technischen Berichten“. Auch sind in der Vergangenheit, wenn auch bis dato lediglich einmalig, finanzielle Sanktionen an mangelnde Fortschritte in Form der Aussetzungen von Förderungen ausgesprochen worden, die insgesamt € 820 Millionen betragen.⁷²⁰

Der CVM erfüllt daher alle in der Literatur identifizierten drei Stadien von Aufsichtsmaßnahmen, d.h. eine Beobachtungs-, Überprüfungs- und Berichtigungsfunktion. Durch ihn wird die Entwicklung in Bulgarien und Rumänien einschließlich ihrer Fortschritte und Rückschläge in besonderem Maße sichtbar.

Aber er lässt aufgrund des Zuschnitts seiner „Benchmarks“ – und obwohl diese die Lage der Justiz in den Blick nehmen und spezifische Probleme wie die organisierte Kriminalität ansprechen – keinen unmittelbaren Rückschluss auf die hier besonders interessierende Frage systemischer Defizite zu. Denn die unter dem CVM ergangenen Fortschritts- und technischen Berichte operieren nicht mit einer dem EU-Rahmen oder Art. 7 EUV vergleichbaren Terminologie. Die Europäische Kommission hat 2019 gegenüber Rumänien den CVM sogar ausdrücklich durch Androhung zusätzlicher Schritte nach dem EU-Rahmen von diesem und damit von der Beobachtung systemischer Gefährdungen aus Sicht der Praxis abgegrenzt.⁷²¹

719 Vgl. jeweils Europäische Kommission, Entscheidung vom 13. Dezember 2006 zur Einrichtung eines Verfahrens für die Zusammenarbeit und die Überprüfung der Fortschritte Bulgariens bei der Erfüllung bestimmter Vorgaben in den Bereichen Justizreform und Bekämpfung der Korruption und des organisierten Verbrechens, ABl. (EU) L 354/58 vom 14.12.2006, und andererseits die Entscheidung der Kommission vom 13. Dezember 2006 zur Einrichtung eines Verfahrens für die Zusammenarbeit und die Überprüfung der Fortschritte Rumäniens bei der Erfüllung bestimmter Vorgaben in den Bereichen Justizreform und Korruptionsbekämpfung, ABl. (EU) L 354/56 vom 14.12.2006; jeweils auch insbesondere die Anhänge. Zu den Entscheidungen und ihren Benchmarks auch insb. Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, „Das systemische Defizit“, S. 314.

720 Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, „Das systemische Defizit“, S. 315.

721 Europäische Kommission, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über Rumäniens Fortschritte im Rahmen des Kooperations-

Das erfordert von der Rechtswissenschaft folglich nicht nur die selbsttätige, aus dem Material schöpfende, rekonstruktive Beantwortung der Frage, ob in Rumänien und Bulgarien gleichwohl systemische Defizite im Sinne der obigen Kriterien festzustellen sind, sondern darüber später hinaus auch, warum der CVM gleichwohl Teil der hier vermuteten Verfassungsaufsicht der Union sein kann, die sich der Behebung derartiger Defizite widmet.

Keine größere Unterstützung leistet dabei bislang die Judikatur des Gerichtshofs. Vor diesem sind nunmehr, insbesondere betreffend die Frage der Disziplinierung rumänischer Richter und gegenläufiger Entscheidungen politisierter Spruchkörper, Verfahren anhängig, in denen das vorliegende Gericht einen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 1 EUV i.V.m. Art. 47 EUV vermutet.⁷²²

Diese Lücken in der unionalen Praxis lassen sich nur teilweise durch die Gutachten auffangen, die vonseiten des Europarates ergangen sind. Hinzuweisen ist darauf, dass die Venedig-Kommission wiederum, sowohl gegenüber Rumänien als auch gegenüber Bulgarien, eine rege Tätigkeit entfaltet hat. Sie hat zu Rumänien seit 2006, und damit kurz vor Beitritt zur Union, sieben⁷²³ und zu Bulgarien seit 2008 bis dato sogar 17 Gutach-

und Kontrollverfahrens, COM(2019) 499 final vom 22.10.2019, S. 2, s. insb. dort auch Fn. 10.

- 722 Vgl. EuGH, Rs. C-547/19, CY und Asociația „Forumul Judecătorilor din România“, Vorabvorlagebeschluss der Înalta Curte de Casătie și Justiție (Oberster Kassationsgerichtshof) vom 15.07.2019, bislang nicht im ABl. veröffentlicht, Arbeitsdokument der Kanzlei des Gerichtshofs einsehbar über, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=judiciary&docid=219979&pageIndex=0&clang=DE&mode=req&dir=&cocc=first&part=1&cid=7557380>. Die Vorabvorlage betrifft im Wesentlichen die Frage der Beziehung von Verfassungsgericht und Oberstem Richterrat bei Disziplinarmaßnahmen gegen eine Richterin am Obersten Kassationsgerichtshof.
- 723 Venedig-Kommission, 1. CDL-AD(2006)006, Opinion no. 370/2006, Opinion on the Two Draft Laws amending Law No. 47/1992 on the organisation and functioning of the Constitutional Court of Romania vom 20.03.2006; 2. CDL-AD(2012)026, Opinion no. 685/2012, Opinion on the compatibility with Constitutional principles and the Rule of Law of actions taken by the Government and the Parliament of Romania in respect of other State institutions and on the Government emergency ordinance on amendment to the Law N° 47/1992 regarding the organisation and functioning of the Constitutional Court and on the Government emergency ordinance on amending and completing the Law N° 3/2000 regarding the organisation of a referendum of Romania vom 17.12.2012; 3. CDL-AD(2014)010, Opinion no. 731/2013, Opinion on the Draft Law on the Review of the Constitution of Romania vom 24.03.2014; 4. CDL-AD(2018)004, Romania - Joint Opinion on Draft Law No. 140/2017 on amend-

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

ten erlassen,⁷²⁴ die regelmäßig auf Änderungen im Justizsystem abgestellt haben.

ing Governmental Ordinance No. 26/2000 on Associations and Foundations; 5. CDL-AD(2018)017 (vorgehend in vorläufiger Fassung als CDL-PI(2018)007), Opinion No. 924/2018 Romania - Opinion on draft amendments to Law No. 303/2004 on the Statute of Judges and Prosecutors, Law No. 304/2004 on Judicial Organisation, and Law No. 317/2004 on the Superior Council for Magistracy vom 20.10.2018; 6. CDL-AD(2018)021, Opinion No. 930/2018, Romania - Opinion on draft amendments to the Criminal Code and the Criminal Procedure Code vom 20.10.2018; 7. CDL-AD(2019)014, Opinion No. 950/29018, Romania – Opinion on Emergency Ordinances GEO No. 7 and GEO No. 12 amending the Laws of Justice.

- 724 Aufgrund der zeitlichen Verzögerung sind nachfolgend zwei Interim-Gutachten gesondert gezählt, Venedig-Kommission, 1. CDL-AD(2008)009, Opinion no. 444/2007, Opinion on the Constitution of Bulgaria vom 31.03.2008; 2. CDL-AD(2008)034, Opinion no. 505/2008; Opinion on the Draft Amendments to the Law on Political Parties of Bulgaria vom 15.12.2008; 3. CDL-AD(2009)011, Opinion no. 515/2009, Opinion on the Draft Law amending and supplementing the Law on Judicial Power of Bulgaria vom 16.03.2009; 4. CDL-AD(2009)018, Opinion No. 501/2008, Opinion on the concept paper for a new Law on Statutory Instruments of Bulgaria vom 18.03.2009; 5. CDL-AD(2009)035, Opinion no. 532/2009; Opinion on the Draft Law on Meetings, Rallies and Manifestations of Bulgaria vom 23.06.2009; 6. CDL-AD(2009)053, Opinion no. 536/2009, Opinion on the draft law on normative acts of Bulgaria vom 11.12.2009; 7. CDL-AD(2010)010, Opinion No. 563/2009, Interim Opinion on the Draft Act on Forfeiture in favour of the State of Illegally acquired Assets of Bulgaria vom 16.03.2010; 8. CDL-AD(2010)019, Opinion No. 563/2009, Second Interim Opinion on the Draft Act on Forfeiture in favour of the State of Criminal Assets of Bulgaria vom 10.06.2010; 9. CDL-AD(2010)030, Opinion No. 563/2009, Final opinion on the third revised draft act on forfeiture in favour of the state of assets acquired through illegal activity of Bulgaria vom 18.10.2010; 10. CDL-AD(2010)041, Opinion no. 591/2010, Opinion on the Draft Law amending the Law on Judicial Power and the Draft Law amending the Criminal Procedure Code of Bulgaria vom 20.12.2010; 11. CDL-AD(2011)013, Opinion no. 607/2011, Joint opinion on the election code of Bulgaria of the Venice Commission and the OSCE/ODIHR vom 21.06.2011; 12. CDL-AD(2011)023, Opinion no. 563/2009, Opinion on the sixth revised draft act on forfeiture of assets acquired through criminal activity or administrative violations of Bulgaria vom 20.06.2009; zum gleichen Gesetz nochmals 13. CDL-AD(2014)001, Joint Opinion on the draft Election Code of Bulgaria adopted by the Council for Democratic Elections and the Venice Commission vom 24.03.2014; 14. CDL-AD(2015)022, Opinion No. 816/2009, Opinion on the draft Act to amend and supplement the Constitution (in the field of the Judiciary) of the Republic of Bulgaria vom 23.10.2015; nochmals zum gleichen Gesetz 15. CDL-AD(2017)016, Opinion no. 867/2016/ODIHR Opinion-Nr.: ELE-BGR/307/2017, Joint Opinion of the Council for Democratic Elections

Hinzu treten, insbesondere im Falle Rumäniens die GRECO (Group of States against Corruption) hinzu, eine im Rahmen des Europarates gegründete Organisationseinheit, die auch anderen Staaten (Mitglied sind etwa ebenso die USA) offen steht und die im Bereich der Korruptionsbekämpfung Mitgliedstaaten begutachtet, dies indes vorrangig anhand standardisierter und regelmäßig ausgerichteter Evaluierungen aller Mitglieder vornimmt.⁷²⁵ Im Falle Rumäniens ist die GRECO bezeichnenderweise dazu übergegangen, außer der Reihe im Juli 2019 einen sog. „Interim Compliance Report“ zu veröffentlichen, der sich wiederholt sehr besorgt über die Lage zeigt,⁷²⁶ nachdem nur einen Monat zuvor ein weiterer Bericht ergangen war.⁷²⁷ Jörg Polakiewicz hat dankenswerterweise zu beiden Gutachtenkonvoluten für die Wissenschaft eine summarische Auswertung vorgelegt und im Wesentlichen vier Themen herausgearbeitet, zu denen Verbesserungen angemahnt wurden: eine bessere, d.h. insbesondere rechtssichere und transparentere, dadurch inklusivere Gesetzgebung, eine Stärkung individueller Freiheiten und Spielräume für Richter einschließlich der Möglichkeit ihrer Äußerung zu rechtspolitischen Fragen, eine Rücknahme politischer Einmischung seitens insbesondere der Regierung in rechtsprechende Tätigkeit, insbesondere etwa durch „Notverordnungen“, und schließlich eine aktive und effektive Bekämpfung der Korruption in allen Bereichen.⁷²⁸

Damit ergibt sich ein gemischtes Bild, das sowohl auf staatliche Schwächen, etwa im Rahmen der Gesetzgebung, als auch potentiell im hier verstandenen Sinne auf vorsätzliche Vorgänge hindeutet. Jedenfalls dann ist von vorsätzlichem Vorgehen seitens staatlicher Stellen zu sprechen,

and of the Venice Commission on Amendments to the Electoral Code vom 19.06.2017; 16. CDL-AD(2017)018, Opinion no. 855/2016, Bulgaria - Opinion on the Judicial System Act vom 09.10.2017; 17. CDL-AD(2019)031, Opinion no. 968/2019, Bulgaria - Opinion on draft amendments to the Criminal Procedure Code and the Judicial System Act, concerning criminal investigations against top magistrates vom 09.12.2019.

725 Vgl. zur Rolle der GRECO <https://www.coe.int/en/web/greco/about-greco/what-is-greco>, zu den Evaluierungen insbesondere [https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations#\["22359946":\[0\]}](https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations#[). Die gegenwärtig durchlaufende Evaluierungsreihe ist die fünfte.

726 GRECO, GrecoRC4(2019)1, „Fourth Evaluation Round: Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors“ vom 09.07.2019, vgl. dort insb. Rn. 8, 12 und 13.

727 GRECO, Greco-AdHocRep(2019)1, Follow-up Report to the Ad hoc Report on Romania (Rule 34) vom 21.06.2019.

728 Jörg Polakiewicz, „Addressing systemic Rule of Law Deficiencies“, in NYU Global and Comparative Law Colloquium, Europarat, Straßburg, 2019, S. 6-7 insb.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

wenn Korruptionsermittlungen durch die Justiz vereitelt oder verschleppt werden. Hierfür finden sich sowohl seitens der Europäischen Kommission wie auch der Venedig-Kommission Nachweise.

Allerdings ist bei Rückgriff auf diese Gutachten aus der Praxis die Frage des systemischen Charakters der Zustände in Bulgarien und Rumänien immer noch unbeantwortet.

Hinzu kommt zunehmend die Frage, ob es überhaupt noch statthaft ist, beide Mitgliedstaaten gemeinsam zu nennen. Hierfür focht zunächst, dass Rumänien und Bulgarien nicht nur 2007 gemeinsam der Union beitreten sind, sondern auch gemeinsam und ausschließlich dem CVM unterworfen wurden. Für das erst 2013 beigetretenen Kroatien hingegen ist an diese Entscheidung nicht angeknüpft worden. Der zu ihm vorgelegte sog. „Überwachungsbericht“, dessen Grundlage sich in Art. 36 der Beitrittsakte Kroatiens zur EU findet,⁷²⁹ ist lediglich einmalig erfolgt.⁷³⁰ Seine Einführung mutatis mutandis gegenüber Kroatien wurde aufgrund des ihm bescheinigten Fortschritts verworfen.⁷³¹

Bei genauerem Hinsehen divergieren die Befunde zwischen Bulgarien und Rumänien gerade in der Rechtspraxis zunehmend.

Davon zeugt zunächst der Fortschrittsbericht vom November 2018 und nochmals ein Jahr später vom Oktober 2019 gegenüber *Rumänien* und die dort zum Ausdruck gebrachte Sorge der Kommission, wonach dort die rechtspolitische Entwicklung alle erzielten Fortschritte, insbesondere im Bereich der Justizpolitik, infrage stelle. Bei im Jahresverlauf erfolgten Reformen gerade in der Justizpolitik seien nicht nur keine Fortschritte,

729 Zu diesem Verfahren Adam Łazowski, „European Union do not Worry, Croatia is Behind you: A Commentary on the Seventh Accession Treaty,“, in: Croatian Yearbook of European Law and Policy 8 (2012), S. 1-39, S. 34; Vgl. weiter Art. 36 der Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft, ABl. (EU) v. 24.04.2012 L 112/21; zu den Auswirkungen dieser Norm, EuGH, Rs. C-240/16 P, Vendran Vidmar u.a. /. Kommission, Beschluss vom 01.02.2017, ECLI:EU:C:2017:89, Rn 20 ff.

730 Vgl. Art. 36 Abs. 1 Sätze 3 und 4 der genannten Akte: „Im Herbst 2011 legt die Kommission dem Rat und dem Europäischen Parlament ein Sachstandsbericht vor. Im Herbst 2012 legt die Kommission dem Rat und dem Europäischen Parlament einen umfassenden Überwachungsbericht vor.“

731 Vgl. den Bericht des EU Scrutiny Committee des britischen Unterhauses, 16. EU enlargement: Bulgaria and Romania: lessons learned, Sitzung vom 13. April 2016, Punkt 16.2, abrufbar unter: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201516/cmselect/cmeuleg/342-xxvii/34218.htm>.

sondern sogar ein Rückschritt gegenüber bereits Erreichtem festzustellen, sodass der CVM gegenüber Rumänien definitiv nicht beendet werden können und zusätzliche Empfehlungen notwendig seien.⁷³²

Zum zweiten ist, überraschend für viele Beobachter, die Kommission gegenüber *Bulgarien* im November 2019 zu der Auffassung gelangt, den CVM mit Jahresablauf beenden zu wollen. An seine Stelle soll auf Initiative der bulgarischen Regierung nun ein sog. „Rat für Nachbegleitung“ („post-monitoring council“/“conseil de suivi“) treten. „Den Vorsitz würden die stellvertretende Ministerpräsidentin mit Zuständigkeit für die Justizreform und der Vertreter des Obersten Justizrats gemeinsam führen“.⁷³³ Damit wäre der CVM in der Rechtsstaatlichkeitskrise nicht nur ein Sonderfall aufgrund seines spezifischen Zuschnitts allein auf bestimmte Mitgliedstaaten, sondern auch der erste, der nicht nur eingeleitet, sondern beendet worden ist.

Die Kommission bemühte sich um Abfederung der Ankündigung zu Bulgarien durch Betonung „der Entwicklung einer breiteren Infrastruktur für Rechtsstaatlichkeit auf EU-Ebene und auf nationaler Ebene. Hier geht die Entwicklung in eine Richtung, die Möglichkeiten für neue Instrumente eröffnet, die der Konsolidierung der Rechtsstaatlichkeit neuen Schwung geben können – auch hinsichtlich Fragen, die unter das CVM fallen.“⁷³⁴

Die Reaktion in der Literatur auf diese Ankündigung schwankte gleichwohl zwischen Sarkasmus und Galgenhumor. *Radosveta Vassileva* titelte „So Why Don't We Just Call the Whole Rule of Law Thing Off, Then?“⁷³⁵

Ich bleibe hier, nicht ungeachtet sondern gerade aufgrund der divergierenden Lage zwischen beiden Mitgliedstaaten, bei einer gemeinsamen Betrachtung, um die Unterschiede besser herausarbeiten zu können und

732 Europäische Kommission, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über Rumäniens Fortschritte im Rahmen des Kooperations- und Kontrollverfahrens, SWD(2018) 551 final, COM(2018) 851 final vom 13.11.2018, dort insb. S. 1, Einleitung a.E., weiter S. 3 ff.; Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über Rumäniens Fortschritte im Rahmen des Kooperations- und Kontrollverfahrens, SWD(2019) 393 final, COM(2019) 499 final, exemplarisch dort S. 2.

733 Europäische Kommission, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über Bulgariens Fortschritte im Rahmen des Kooperations- und Kontrollverfahrens, COM(2019) 498 final vom 22.10.2019, S. 4.

734 Europäische Kommission, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über Bulgariens Fortschritte im Rahmen des Kooperations- und Kontrollverfahrens, COM(2019) 498 final vom 22.10.2019, S. 3.

735 Radosveta Vassileva, „So Why Don't We Just Call the Whole Rule of Law Thing Off, Then?“, Verfassungsblog vom 24.10.2019.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

um konzise die Frage zu beantworten, ob anhand der zuvor identifizierten Merkmale von einem systemischen Defizit an Rechtsstaatlichkeit ausgegangen werden kann oder nicht.

3. Topoi der Entwicklung in Bulgarien und Rumänien

Der divergierenden Entwicklung in beiden Staaten im Vergleich haben sich kundig *Aneta Spendzharova* und *Milada Vachudova* gewidmet. Sie identifizieren zwei größere Problemkomplexe.

Einerseits sei, und dabei für Bulgarien und Rumänien einheitlich, eine Gruppe makroökonomischer und allgemeiner gesellschaftlicher Probleme zu beobachten, geprägt durch ineffektive, d.h. häufig wechselnde und stark parteipolitisch polarisierte Regierungen. Hinzu komme mangelnde gesetzgeberische Qualität. Weiter hinzu traten größere transformatorische Umbrüche infolge der Wandlungen in den jeweils postsozialistischen Volkswirtschaften Bulgariens und Rumäniens.⁷³⁶ Namentlich letztere haben hier außen vor zu bleiben, das gilt auch, obwohl unter Hinblick einer durch Operationalisierung seitens der Praxis geprägten Rechtsstaatlichkeit relevant, für Fragen mangelnder staatlicher Kapazitäten, die hier die Gesetzgebung betreffen. Damit deckt sich die Analyse immerhin mit der bereits genannten von Polakiewicz.⁷³⁷

Davon trennen beide Verfasserinnen spezifischere Fragen, wobei sie sich, wie Polakiewicz, sowohl auf Gutachten von Einrichtungen des Europarates, des CVM der Europäischen Kommission und auch der Weltbank stützen. Aufbauend auf letztere bestätigen sie die in beiden Staaten, wie aber auch im nachfolgend der Union beigetretenen Kroatien, erheblich gegenüber den übrigen EU-Mitgliedstaaten verschärzte Korruption, die ungefähr 10 Prozentpunkte für Kroatien und 20 Prozentpunkte für Bulgarien und Rumänien schlechter ausfällt als nur für die übrigen ostmitteleuropäischen Mitgliedstaaten.⁷³⁸ Ähnlich drastische, um ca. 20-25 Prozentpunkte

⁷³⁶ Aneta B. Spendzharova & Milada Anna Vachudova, „Catching Up? Consolidating Liberal Democracy in Bulgaria and Romania after EU Accession“, in: *West European Politics* 35 (2012), S. 39-58, insb. S. 41, 43, 45 ff.

⁷³⁷ S. Jörg Polakiewicz, „Addressing systemic Rule of Law Deficiencies“.

⁷³⁸ Aneta B. Spendzharova & Milada Anna Vachudova, „Catching Up? Consolidating Liberal Democracy in Bulgaria and Romania after EU Accession“, S. 45.

schlechtere Werte, ermitteln sie für den „rule of law“-Indikator der Weltbank.⁷³⁹

Qualitativ sehen beide Verfasserinnen indes klare Unterschiede zwischen beiden Staaten, die sich nun, wie oben geschildert, in der Rechtspraxis wiederfinden. Für beide Staaten sei es wichtig, zunächst im Hinblick auf tatsächliche wie rechtliche Fortschritte zwischen den Motivlagen der politischen Akteure zu unterscheiden.⁷⁴⁰

Bulgarien habe bei Beitritt zur Union höchst drastischen Problemen, wie den unionsweit höchsten Korruptionswerten, und dramatischem Klientelismus und Missbrauch von Einrichtungen sowie Verbänden zur persönlichen Bereicherung, entgegenzutreten gehabt,⁷⁴¹ wobei erhebliche Fortschritte allerdings deswegen erzielt worden seien, weil infolge von Abgrenzungsbemühungen der politischen Partei GERB in Abgrenzung zu ihrem Widersacher BSP ernsthafte Reformbemühungen unternommen worden seien, über die jedoch weiterer Kapazitätenaufbau in der Justiz insbesondere unerlässlich sei.⁷⁴² Eine besondere Rolle spielte dabei auch ein Amtsenthebungsverfahren gegen drei als korrupt angesehene Richter. *Michael Hein* hat in einer Länderstudie für Bulgarien diese Beobachtungen bestätigt. Insgesamt sei Bulgarien ein schrittweiser auch durch zahlreiche Rückschläge geprägter Transformationsprozess zu bescheinigen, der zahlreiche Problemfelder kennt, darunter die Kapazitäten in der Justiz und die Qualität der Gesetzgebung. Eine insgesamt positive Entwicklung sei aber unverkennbar.⁷⁴³

Für *Rumänien* hingegen fällt die Einordnung in der Wissenschaft gänzlich anders aus. Spendzharova und Vachudova stellen keinerlei Fortschritt fest. Vielmehr hätten sich dort die größeren Parteien geradezu verbündet, um Fortschritte, die unterschiedslos ihre Funktionäre betroffen hätten,

739 Aneta B. Spendzharova & Milada Anna Vachudova, „Catching Up? Consolidating Liberal Democracy in Bulgaria and Romania after EU Accession“, S. 44.

740 Aneta B. Spendzharova & Milada Anna Vachudova, „Catching Up? Consolidating Liberal Democracy in Bulgaria and Romania after EU Accession“, insb. S. 47.

741 Aneta B. Spendzharova & Milada Anna Vachudova, „Catching Up? Consolidating Liberal Democracy in Bulgaria and Romania after EU Accession“, S. 48-49.

742 Aneta B. Spendzharova & Milada Anna Vachudova, „Catching Up? Consolidating Liberal Democracy in Bulgaria and Romania after EU Accession“, S. 48-51.

743 Michael Hein, „Bulgaria“, in: Anna Fruhstorfer & Michael Hein (Hrsg.), *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe: From Post-Socialist Transitions to the Reform of Political Systems*, Springer Fachmedien, Wiesbaden, 2016, S. 145-171, insb. S. 162 ff., 165 ff.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

zu verhindern.⁷⁴⁴ Auch die Einrichtung einer neuen Nationalen Integritätsagentur (ANI) und der Nationalen Antikorruptionsagentur (DNA) konnte dies nicht ändern. Die Rechtsgrundlage der ANI wurde vom Verfassungsgericht 2010 für verfassungswidrig erklärt, wobei die Autorinnen vermuten, dass sieben der neun Richter des Gerichts selbst Gegenstand von Ermittlungen waren. Auch sei zu beobachten gewesen, dass die Gerichtsbarkeit ganz überwiegend selbst als korrupt erschienen sei, so seien Verfahren verschleppt oder eingestellt worden, und wenn es zu Verurteilungen gekommen sei, seien allenfalls Mindeststrafen verhängt worden.⁷⁴⁵ Damit ergibt sich an dieser Stelle, betreffend Rumänien, ein zentraler Unterschied zu Ungarn und ganz besonders zu Polen. Sind dort die Gerichte Schutzgut unionaler Bemühungen, so gelten sie in Rumänien selbst zumindest partiell als Teil des Problems.

Diese Beobachtung wird – bezeichnenderweise – auch von der Europäischen Kommission geteilt. Zum einen sei die Effektivität der Justiz ein bleibendes und drängendes Problem,⁷⁴⁶ zum anderen seien aber auch die Vorgänge bei der Ernennung von Richtern und die Integrität der Justiz besorgniserregend, bis hin zu Fragen der politisch motivierten Ermittlung gegen Richter durch eine „besondere Abteilung zur Untersuchung von durch Richter und Staatsanwälte begangene Straftaten“ und andererseits etwa durch Fragen einer möglichen Kooperation der Justiz mit den rumänischen Geheimdiensten.⁷⁴⁷

Hinzugetreten ist seit 2013 ein massiver Widerstand gegen die Leiterin der DNA, *Laura Codruța Kövesi*, die trotz Widerstands des Staatspräsidenten Klaus Johannis schließlich den Posten räumen musste, dafür aber auf Betreiben anderer Mitgliedstaaten und gegen den Willen der rumänischen Regierung zur neuen Leiterin der europäischen Staatsanwaltschaft

744 Aneta B. Spendzharova & Milada Anna Vachudova, „Catching Up? Consolidating Liberal Democracy in Bulgaria and Romania after EU Accession“, insb. S. 52.

745 Aneta B. Spendzharova & Milada Anna Vachudova, „Catching Up? Consolidating Liberal Democracy in Bulgaria and Romania after EU Accession“, S. 51-55.

746 Europäische Kommission, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über Bulgariens Fortschritte im Rahmen des Kooperations- und Kontrollverfahrens, SWD(2019) 392 final, COM(2019) 498 final vom 22.10.2019, S. 4.

747 Europäische Kommission, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über Bulgariens Fortschritte im Rahmen des Kooperations- und Kontrollverfahrens, COM(2019) 498 final vom 22.10.2019, S. 4-5.

bestimmt wurde.⁷⁴⁸ Zentrale Figuren, die dabei gegen Kövesi opponierten, waren zum einen der rumänische Justizminister *Tudorel Toader* und insbesondere der damalige Parlamentspräsident *Liviu Dragnea*, der schließlich selbst zu einer Gefängnisstrafe verurteilt wurde.⁷⁴⁹ Hinzu trat, diesmal ähnlich gelagert wie in Polen, eine Justizreform im Jahr 2017, mit der, wie dort, am Obersten Gerichtshof eine neue „Disziplinarkammer“ geschaffen wurde, die bedeutende Zweifel daran weckte, ob sie nicht vielmehr dazu gedacht war, Richter, die sich der Korruption im Allgemeinen und unter Kollegen im Besonderen entgegenstellten, zu sanktionieren.⁷⁵⁰

Auch an anderer Stelle in der Literatur ist die Kritik an der Entwicklung in Rumänien geteilt worden. *Martin Mendelski*, der sich im Übrigen häufig sehr kritisch zur Beaufsichtigung in Rumänien geäußert hat, fokussiert ebenso auf die Lage der Justiz und differenziert dabei zwischen einem Kapazitätenausbau der Justiz, welcher im Allgemeinen gelungen sei, und der Unparteilichkeit, an der es infolge beträchtlicher Politisierung der Justiz nach wie vor mangle.⁷⁵¹

Sergiu Gherghina und Michael Hein schließen sich an und halten im Wesentlichen fest, bisherige Forschungsansätze wären aufgrund der persistenten Interessen nationaler Akteure und häufiger stark politisierter Konflikte zwischen hochrangigen Staatseliten und Politikern nur eingeschränkt in der Lage, die Entwicklung nachzuzeichnen.⁷⁵²

Die Europäische Kommission brachte schließlich im Mai 2019 in bis dato schärfster Form ihre besondere Sorge über die Lage in Rumänien zum Ausdruck. In einem Brief an die Staats- und Regierungschefs der Union drohte der damalige Erste Vizepräsident der Kommission Timmermans damit, die Kommission werde „unverzüglich“ den EU-Rahmen

748 Michael Stabenow, „Verständigung auf Kövesi“, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 26.09.2019.

749 Vgl. zu diesen Vorgängen Michael Martens, „Aufräumarbeiten im rumänischen Staat“, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 31.05.2019 und „Nicht korrupt genug“ vom 23.04.2019.

750 S. dazu etwa Der Standard, „Rumänisches Parlament verabschiedete umstrittene Justizreform“ vom 21.12.2017.

751 Martin Mendelski, „Rule of Law Reforms in the Shadow of Clientelism: The Limits of the EU's Transformative Power in Romania“, in: Polish Sociological Review 174 (2011), S. 235-253, insb. S. 238 ff.

752 Sergiu Gherghina & Michael Hein, „Romania“, in: Anna Fruhstorfer & Michael Hein (Hrsg.), Constitutional Politics in Central and Eastern Europe: From Post-Socialist Transition to the Reform of Political Systems, Springer VS, Wiesbaden, 2016, S. 173-198, S. 187 ff., insb. S. 191 ff.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

von 2014 gegen Rumänien zum Einsatz bringen, sollte sich die Lage weiter verschlechtern.⁷⁵³

4. Zwischenergebnis zu Bulgarien und Rumänien

Nach Sichtung dieser Beobachtungen fragt sich, ob die Lage in Bulgarien oder Rumänien die hier identifizierten Merkmale eines systemischen Defizits an Rechtsstaatlichkeit erfüllt.

Für Bulgarien lässt sich dies unter Abwägung zwischen dem dortigen Fortschritt und den beobachteten Kapazitätsschwächen in Justiz und Verwaltung vorrangig für den bei von Bogdandy und Ioannidis identifizierten Topos der staatlichen Schwäche bestätigen, was aber auch zur Folge hat, dass Bulgarien aus der Betrachtung in dieser Arbeit ausscheidet. Es erledigt sich damit auch eine eingehende Untersuchung der Frage, ob die Europäische Kommission im Hinblick auf ihre Entscheidung, den CVM betreffend Bulgarien zu beenden, richtig gehandelt hat. Es ist hier allein festzuhalten, dass dieser Schritt getroffen wurde und dass diejenigen, die sich staatlichen Schwächen in der Union widmen, dies gesondert analysieren könnten.

Was Rumänien angeht, so steht die Entscheidungsfindung vor einer echten Herausforderung.

Pech u.a.⁷⁵⁴ sehen in den Vorgängen in Rumänien jedenfalls eine „systematische Unterwanderung“ des Kampfes gegen die Korruption. Sie fordern daher sogar, ein Vertragsverletzungsverfahren besonderer Art nach Art. 325 AEUV gegen Rumänien einzuleiten. *Bogdan Iancu* gelangt in seiner Analyse des rumänischen Rechtssystems zu einem ähnlichen Ergebnis, er stört sich insbesondere an den mangelnden Kompetenzabgrenzungen innerhalb der Justiz und ihrer starken Politisierung und hält fest:

„Gaps in the constitutional structure, such as the vague and overlapping attributions which characterise the separation of powers framework, as well as the systemic malfunctions ensuing from a lack of

753 Florian Eder, „Brussels to Bucharest: We’re running out of patience“, Politico vom 13.05.2019. Der Wortlaut des Briefs ist nicht publik geworden.

754 Laurent Pech, Vlad Perju & Sébastien Platon, How to Address Rule of Law Backsliding in Romania, Verfassungsblog vom 29.05.2019.

proper foundations, allow the justices a considerable amount of discretion.“⁷⁵⁵

Angesichts dieser Stimmen ist zumindest eine *intrasyntemische* Eskalation der allgemeinen justiziellen und gubernativen Missstände in Rumänien klar ausgemacht. Meines Erachtens erlangt sie darüber auch eine *intersystemische* Dimension bzw. einen Spillover-Effekt auf andere Mitgliedstaaten und die gesamte unionale Rechtsordnung. Das wird in dramatischer Weise deutlich beispielsweise am mangelnden Fortschritt der Ermittlungen im Rat gegenüber Polen und Ungarn nach Art. 7 EUV während der rumänischen Ratspräsidentschaft.⁷⁵⁶ Es erscheint als erwiesen, dass unter der rumänischen Ratspräsidentschaft die im Rat anhängigen Verfahren bewusst verschleppt wurden, und auch die im Europäischen Parlament seitens der rumänischen Ratspräsidentschaft gemachten Aussagen sind nicht überzeugend. Exemplarisch kann auf die Rede der rumänischen Ministerpräsidentin *Viorica Dăncilă* vor dem Europäischen Parlament verwiesen werden. Dort – und nur in dieser Passage – heißt es zum Stichwort der Rechtsstaatlichkeit:

„We will continue to act, in a pragmatic manner, to promote the Principles of the Sibiu Declaration, and we remain deeply committed to observing the democratic values and the rule of law. It is important, however, that there are no differences between the Member States, divisions that can create different standards for European citizens.“⁷⁵⁷

Während die Betonung der unterschiedslosen Behandlung von Mitgliedstaaten, die angesprochen wird, Primärrechtsrang hat, Art. 4 Abs. 2 EUV, kann sie hier auch so verstanden werden, dass die gegen bestimmte Mitgliedstaaten laufende Maßnahmen, darunter der CVM gegen Rumänien und Bulgarien, aber eben auch etwa die Maßnahmen gegen Polen und Ungarn, als Ungleichbehandlung einzustellen sind. Auch der Zusatz der „pragmatischen Weise“ der Behandlung lässt sich als Drohung lesen, die Verfahren zurückzunehmen und gleichzeitig als Ankündigung, dies selbst

755 Bogdan Iancu, „Separation of Powers and the Rule of Law in Romania: The Crisis in Concepts and Contexts“, in: Armin von Bogdandy, & Pál Sonnevend(Hrsg.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, C.H. Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden, 2015, S. 153-169, S. 162.

756 Vgl. den Beitrag von Laurent Pech & Patryk Wachowiec, „1460 Days Later“.

757 „Prime Minister Viorica Dăncilă’s address at the plenary session of the European Parliament“ vom 18.07.2019, o.S., abrufbar unter: <https://www.romania2019.eu/2019/07/18/prime-minister-viorica-dancilas-address-at-the-plenary-session-of-the-european-parliament/>.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

tun zu wollen. Auch der erstaunliche Umstand, dass durch die rumänische Regierung versucht wurde, die Benennung der Leiterin der neuen EU-Staatsanwaltschaft zu verhindern, wobei zumindest substantiell gemutmaßt werden kann, dass dies mit Blick auf zu befürchtende Ermittlungen gegen sie geschieht, ist Teil des belastenden Materials.

Diese Entwicklungen, gerade die Verschleppung der Aufarbeitung rechtsstaatsspezifischer Vorgänge in anderen Mitgliedstaaten im Rat, die wiederholte, systematische Einmischung in die Aufarbeitung nationaler Korruptionsskandale und der Versuch, eine schlagkräftige nationale Institution in diesem Bereich zu verhindern, sind aus meiner Sicht hinreichend dafür, im Falle Rumäniens das intersystemische Konfliktpotential der dortigen Entwicklungen und damit ein systemisches Defizit an Rechtsstaatlichkeit jedenfalls auch vorsätzlichen Typus im Sinne dieser Arbeit zu bejahen. Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass die Union bislang mit ihren Reaktionen gegenüber Rumäniens relativ zurückhaltend war.

5. Folgefragen

Allerdings wird der soeben gemachte Befund eines systemischen Defizits für Rumänien überraschenderweise von anderer Seite geschwächt, nämlich im Hinblick auf die empirische Belastbarkeit des vorherigen Befundes der Korruption. Verfügbare Datensätze belegen zwar, dass Rumänien ein ernsthaftes Problem hat, aber es ist nicht das Schlusslicht der Union. Aus Daten, die für ein Sondereurobarometer 2017 erhoben wurden, folgt z.B., dass in Rumänien zwar 80% aller Befragten die Lage für schwerwiegend einstufen, doch andere Mitgliedstaaten erzielen weit höhere Werte.⁷⁵⁸ Auch andere Daten stellen Rumänien kein Zeugnis als Klassenschlechtester aus. Nach einer Kostenaufstellung der Korruption in den EU-Mitgliedstaaten durch die Partei Grüne-EFA erzielt die Korruption in Rumänien

758 Vgl. Eurostat, Special Eurobarometer 470, October 2017, Corruption, S. 18, Tabelle zu „QB 5 How widespread do you think the problem of corruption is in (OUR COUNTRY)?“. Demnach halten in den Mitgliedstaaten Griechenland (96), Spanien (94), Portugal (92) und Zypern (94) jeweils weit über 90% der Befragten Korruption für ein zentrales Problem, gegenüber Rumänien mit „nur“ 80 und Ungarn mit 86%.

mit 15 % des BIP zwar einen absoluten Spitzenwert, stellt man aber auf die Auswirkungen pro Kopf ab, so ist Italien Spitzenreiter.⁷⁵⁹

Warum also gilt es, gerade für Rumänien den Befund der Korruption derart hervorzuheben? Für Griechenland lässt sich für die Nichterwähnung der immerhin 96% der Bevölkerung, die Korruption als Problem sehen, hier anführen, dass das Fallbeispiel aufgrund mangelnden Zuschritts der Betrachtung hier aus der Studie herausfällt. Aber wäre es darüber angebracht gewesen, Portugal mit immerhin 92% der Bevölkerung mit vergleichbaren Werten zu erwähnen?

Die Antwort hierauf muss, wie schon zuvor angedeutet, wieder das Argument der Gesamtschau sein. Es ist das Zusammenspiel verschiedener Topoi in Rumänien, welches gerade dort das Korruptionsproblem besonders drängend erscheinen lässt. Die geschilderten empirischen Befunde hinsichtlich anderer Mitgliedstaaten können allerdings nicht einfach ignoriert werden. Dies führt zu zwei Fragen, die auch an anderer Stelle hätten Erwähnung finden können, gerade hier aber gesondert erwähnt werden sollen, weil sie besondere Relevanz entwickeln. Erstens nämlich ist auf die Frage der Belastbarkeit empirischer Indikatoren in der gegenwärtigen Krise einzugehen und zweitens die Frage der darüber zu erfolgenden Abgrenzung von Staaten, die nicht nur durch derartige Daten, sondern auch durch qualitative Einordnungen in der Praxis kritisiert worden sind, zu erörtern.

a. Relativierung empirischer Indikatoren?

Seit Beginn der Sorge um eine krisenhafte Verschlechterung der Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union operieren Wissenschaft und Praxis, und dabei sowohl Union als auch Europarat, mit Indikatoren, um diese Verschlechterung zum Ausdruck zu bringen und Mitgliedstaaten voneinander auch qualitativ unterscheiden zu können. In der zuvor diskutierten Defekt- und Transformationsforschung der Politikwissenschaft bilden diese, und ihre Validität, häufig den Schwerpunkt der Operationalisierung. Ich habe dort dargelegt, warum die dortigen Studien (noch) nicht für die Rechtswissenschaft Verwendung finden können.

759 Vgl. Greens-EFA, „The Costs Of Corruption Across The EU“, abrufbar unter: https://www.greens-efa.eu/files/assets/docs/the_costs_of_corruption_across_the_eu.pdf, S. 4.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

Aber auch in der Rechtswissenschaft sind Indikatoren hier sehr relevant. Bei von Bogdandy und Ioannidis standen Indikatoren u.a. der Weltbank mit im Zentrum ihrer Beobachtung staatlicher Schwäche in bestimmten Mitgliedstaaten.⁷⁶⁰ Die Venedig-Kommission hat 2016 ihre „rule of law checklist“ vorgelegt,⁷⁶¹ und Jörg Polakiewicz sowie Jenny Sandvig riefen kurz zuvor dazu auf, derartiges Material bei der Entwicklung weiterer Indikatoren aktiv zu nutzen.⁷⁶² Und seit 2013 erarbeitet die Europäische Kommission mit dem sog. Justizbarometer eigene empirische Grundlagen, die die Effektivität der Justiz in Mitgliedstaaten, verstanden als zusammengezelter Indikator der drei Themenfelder Effizienz, Qualität und Unabhängigkeit,⁷⁶³ misst.

Es hat bei der topischen Darstellung der Rechtsstaatlichkeitskrise zu interessieren, dass Indikatoren einerseits und qualitative Einschätzungen andererseits teils stark divergieren und dass hieraus zum einen rechtswissenschaftliche Irritation und zum anderen harte politische Verhandlungsmasse erwachsen. Das zeigt sich nicht nur für Rumänien, sondern besonders prägnant auch für Polen und Ungarn. Besonders deutlich tritt diese Problematik zutage, wenn man sich nochmals einige Schaubilder des o.g. Justizbarometers der Kommission vor Augen führt.

Was exemplarisch die Effizienz gemessen an der notwendigen Zeit für die Bearbeitung neu eingehender Akten bei Gericht angeht, sind Polen und Ungarn *top performer*, nur übertroffen u.a. von Dänemark und liegen vor den Niederlanden und weit vor Frankreich.⁷⁶⁴ Auch im Hinblick auf die anderen Themenfelder des Justizbarometers wird dieser überraschende Eindruck zunächst nicht widerlegt. Denn noch nicht einmal für den Indikator der „wahrgenommenen Unabhängigkeit“, eine Frage, die schließlich

760 Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, „Das systemische Defizit“, S. 300 und ff.

761 Venedig-Kommission, CDL-AD(2016)007, Study No. 711 / 2013, Rule of Law Checklist vom 18.03.2016, s. auch zuvor unter IV.1.

762 Jörg Polakiewicz & Jenny Sandvig, „Council of Europe and the Rule of Law“, in: *Journal of Civil & Legal Sciences*, (4) 2015, o. S., S. 6.

763 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-Justizbarometer 2019, COM(2019) 198 final vom 26.04.2019, Vorwort (nur in der englischen Fassung), vgl. dazu auch unter E.V.3.

764 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-Justizbarometer 2019, COM(2019) 198 final vom 26.04.2019, Schaubild 5, S. 16.

im Zentrum der zuvor beschriebenen Analyse steht, sind Polen und Ungarn Schlusslicht. Dies sind vielmehr die Slowakei und Kroatien.⁷⁶⁵ Teils hat dies in der Rechtswissenschaft zu überwältigend positiven Analysen der Lage in Polen geführt.⁷⁶⁶ In der Praxis wiederum hat die polnische Regierung versucht, aus dem Justizbarometer Argumente für ihre eigene Position abzuleiten und die Interpretation der Daten beliebig in alle Richtungen vorzunehmen. Dies gilt insbesondere für ihr sog. White Paper. An einer Stelle dieses Dokuments etwa weist sie zum einen auf die ihrer Auffassung nach relativ hohe Effizienz der polnischen Justiz hin, nur um dann einen Anstieg der Fallbearbeitungszeit festzustellen, was die Handlungen seitens der Regierung rechtfertige.⁷⁶⁷ Auch die ungarische Regierung hat den Umstand genutzt, dass verschiedene Indikatoren des Justizbarometers dem Land gute Noten ausstellen. Sie hielt fest, dass einzelne Indikatoren dem Land eine unterdurchschnittliche Lage bescheinigten, die Situation aber keineswegs als sehr schlecht eingeordnet werden könne und kritisierte hierzu eine Falschberichterstattung auch in der Presse.⁷⁶⁸ Scheppelle sprach im Hinblick auf Ungarn schließlich von einem „Schuss in den Ofen“, den sich die Kommission im Hinblick auf das gute Abschneiden Ungarns im Justizbarometer geleistet habe.⁷⁶⁹ Zwischen der rumänischen Regierung und der Weltbank schließlich diente das Justizbarometer (in der Ausgabe von 2016) ebenso als positive Verhandlungsmasse, die Bank bescheinigte Rumänien die „höchste Erledigungsrate“ von anhängigen Verfahren in der gesamten EU.⁷⁷⁰

765 Dazu Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-Justizbarometer 2019, COM(2019) 198 final vom 26.04.2019, Schaubild 47, S. 55.

766 Vgl. Nina Poltorak, „Enlargement and administrative law: The Polish Experience“, in: Carol Harlow, Päivi Leino & Giacinto della Cananea (Hrsg.), Research Handbook on EU Administrative Law Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, MA, 2017, S. 521-544, insb S. 524-525.

767 Vgl. Kanzlei des polnischen Premierministers, White Paper on the Reform of the Polish Judiciary vom 07.03.2018, Rn. 9 ff.

768 Pressemitteilung der ungarischen Regierung vom 29.04.2019, „Minister of State Zoltán Kovács criticised European Commission’s justice scoreboard of last week“, abrufbar unter: <https://www.kormany.hu/en/government-spokesperson/news/minister-of-state-zoltan-kovacs-criticised-european-commission-s-justice-scoreboard-of-last-week>.

769 Kim Lane Scheppelle, „Constitutional Coups in EU Law“, S. 461, „backfire“.

770 Weltbank (International Bank for Reconstruction and Development), Project Appraisal Document on a Proposed Loan [...] to Romania for a Justice Services Improvement Project, vom 09.01.2017, Report No: PAD2059, abrufbar unter

Vor dem Hintergrund dieses Befundes ist als zentrales Unterscheidungskriterium zunächst festzuhalten, dass die vielfach in unterschiedlichen Indikatoren und empirischen Datensätzen gemessene Funktionsweise eines Justizsystems nicht notwendigerweise auf systemische Defizite an Rechtsstaatlichkeit hindeuten muss.

In sozialwissenschaftlicher Terminologie gefasst ist also ein Defekt bei ersterer keine notwendige Bedingung für letztere, noch besteht augenscheinlich eine zwingende Korrelation zwischen beiden. Letztere ist stabil, wenn, wie seinerzeit bei von Bogdandy und Ioannidis beschrieben, gerade der Subtyp der staatlichen Schwäche im Fokus steht. Das Justizbarometer weist z.B. recht konsistent etwa Italien bei der Fällerledigungszahl einen der letzten Plätze zu.⁷⁷¹ Ob die dort noch schlechter beurteilten Mitgliedstaaten auch interessieren müssten, bleibt hier außen vor, denn für diese Arbeit interessiert eben allein die vorsätzliche Unterwanderung der Rechtsstaatlichkeit, und diese drückt sich nicht notwendigerweise in der Effizienz der Justiz aus. Auch ein stark politisiertes und defizitäres, auf Anweisung innerhalb der Justizhierarchie oder sogar von außen wartendes Justizsystem kann Fälle schnell erledigen, umso mehr, wenn dadurch der Deliberationsprozess abgekürzt wird.

Deswegen ist zu betonen, dass viele Indikatoren entweder ausschließlich derartige Effizienzgesichtspunkte berücksichtigen, womit sie für die hier interessierende Problematik zu punktuell bleiben oder dies eben nur Teil der Untersuchung ist, wie insbesondere im Justizbarometer der Europäischen Kommission. Denn die dortige *Effizienz* ist neben der *Unabhängigkeit* und der *Qualität* der Justiz nur einer von drei empirisch untersuchten Teilbereichen hinsichtlich der Frage nach einem insgesamt *effektiven* Justizsystem in einem Mitgliedstaat. Ausdrücklich und in anderen Sprachfassungen unerreicht griffig heißt es in der englischen Fassung: „*Independence, quality and efficiency are essential parameters of an effective justice system, whatever the model of the national justice system or the legal*

<http://documents.worldbank.org/curated/en/275511486133734057/text/Romani-a-PAD-v2-01102017.txt>, S. 9, s. unter Punkt B.5.

771 Dazu Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-Justizbarometer 2019, COM(2019) 198 final vom 26.04.2019, S. 16, Schaubild 5: „Für den Abschluss von Zivil-, Handels-, Verwaltungs- und sonstigen Rechtssachen erforderliche Zeit“. Verfügbar sind Zahlen für 2010 sowie 2015-2017.

tradition in which it is anchored.”⁷⁷² Die Effektivität ist also der Oberbegriff, und es zeigt sich insbesondere im zur Effizienz separat untersuchten Bereich der Unabhängigkeit, namentlich der *strukturellen Unabhängigkeit*, dass Indikatoren sehr wohl krasse Abweichungen einzelner Mitgliedstaaten von der unionalen Norm aufweisen.⁷⁷³ Hierauf und auf die dabei verwandten Methoden wird später bei der Darstellung des Justizbarometers als Aufsichtsmechanismus nochmals einzugehen sein.

Zum zweiten hat, was jedenfalls ihren Zuständigkeitsbereich angeht, die Europäische Kommission selbst das Problem der potentiellen Diskrepanz bei der qualitativen Beurteilung der Unterwanderung der Rechtsstaatlichkeit einerseits und eines Gutteils ihrer auf justizielle Effizienz abstellenden Indikatoren andererseits erkannt und deswegen 2018 erstmals eine Kontextualisierung spezifisch zur Abgrenzung der Funktionsweise des Justizbarometers von weiteren Maßnahmen zum Schutz der Rechtsstaatlichkeit vorgenommen, die 2019 fortgesetzt worden ist.⁷⁷⁴ Diese Kontextualisierung und Einbettung des Justizbarometers seitens der Kommission ist nicht nur eine höchst wertvolle Stärkung der in dieser Arbeit vorgeschlagenen Beobachtung eines unionalen Verfassungsaufsichtsregimes, da sie, wie hier, von einem kohärent ineinander greifenden Rechtsregime ausgeht.

-
- 772 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-Justizbarometer 2019, COM(2019) 198 final vom 26.04.2019, Einleitung, S. 2 der engl. Broschürenfassung. In der dt. Fassung (dort, S. 4) heißt es etwas verschachtelt: „Unabhängig vom Modell des nationalen Justizsystems oder der Rechtstradition, in der dieses System verankert ist, gehören Unabhängigkeit, Qualität und Effizienz zu den wesentlichen Parametern einer leistungsfähigen Justiz.“
- 773 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-Justizbarometer 2019, COM(2019) 198 final vom 26.04.2019, EU-Justizbarometer 2019, vgl. ab S. 55 und ab S. 58 insb. Im Justizbarometer finden sich auch Indikatoren, wie auf S. 48 ff. diejenigen zur „strukturellen Unabhängigkeit“, die die Rechtsstaatlichkeitskrise klar hervortreten lassen.
- 774 Vgl. dazu Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-Justizbarometer 2018, COM(2018) 364 final, vom 28.05.2018, erschienen in zwei Teilen, Part 1/2, S. 5 ff.; sodann Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-Justizbarometer 2019, COM(2019) 198 final vom 26.04.2019, S. 9 ff.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

Auch wird dadurch ein hinreichender Beweis dafür geliefert, dass die scheinbare Widerlegung krisenhafter Zustände, gerade im Hinblick auf Polen, Ungarn oder Rumänien, im Kontext der vorsätzlichen Unterwanderung der Rechtsstaatlichkeit zu sehen ist und folglich durch vermeintlich gegenläufige Indikatoren nicht widerlegt wird.

b. Abgrenzung zur Lage in Malta

Die soeben zur Abgrenzung und Einschätzung der Lage für notwendig erachtete Kontextualisierung der Entwicklung in bestimmten Mitgliedstaaten führt nun aber dazu, dass jedenfalls ein weiterer Mitgliedstaat, der bislang nicht berücksichtigt worden ist, mutmaßlich in den Fokus der Arbeit rückt. Er hebt sich zwar durch die vorgenannten Indikatoren nicht von den übrigen Mitgliedstaaten markant ab, indes besteht im Kontext der Krise durchaus Material, das ihn in die Nähe krisenbetroffener Mitgliedstaaten rückt. Dieses Beispiel ist *Malta*.

Malta ist, wieder mit Blick z.B. auf das EU-Justizbarometer, vielfach unauffällig. Es hat z.B. im Allgemeinen den niedrigsten Pro-Kopf-Eingang von Fällen in der Gerichtsbarkeit in der gesamten EU.⁷⁷⁵ Im Hinblick auf die allgemeine Wahrnehmung der richterlichen Unabhängigkeit befindet sich Malta im Mittelfeld, und die Europäische Kommission ordnet das Land im Hinblick auf die Disziplinierung von Richtern, um weitere Beispiele zu geben, der größeren Gruppe von Mitgliedstaaten zu, die hierzu über einen Justizrat verfügen.⁷⁷⁶ Vor 2014 war das Land weiter für die Venedig-Kommission nicht von Interesse.⁷⁷⁷

⁷⁷⁵ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-Justizbarometer 2019, COM(2019) 198 final vom 26.04.2019, S. 14-15, Schaubild 2 und 4, „Zahl der neuen Zivil-, Handels-, Verwaltungs- und sonstigen Rechtssachen“ und „Zahl der neuen Verwaltungssachen“. Für die nur streitigen Rechtssachen (Schaubild 3) liegt Malta im Mittelfeld.

⁷⁷⁶ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-Justizbarometer 2019, COM(2019) 198 final vom 26.04.2019, S. 55 und 62, Schaubilder 47 und 52.

⁷⁷⁷ Seitdem sind drei Gutachten ergangen, vgl. 1. Venedig-Kommission, CDL-AD(2014)035, Opinion No. 780/2014, ODIHR Opinion-Nr.: POLIT-MLT/262/2014, Joint Opinion on the Draft Act to regulate the formation, the

Seitdem aber hat sich das allgemeine Bild in schneller Folge gewandelt und bleibt dabei erstaunlich unübersichtlich.

Das bedeutendste Argument für die Annahme, in Malta bestehe ebenso ein systemisches Defizit an Rechtsstaatlichkeit, liefert das Europäische Parlament. Es nahm 2017 eine „Resolution zur Rechtsstaatlichkeit in Malta“ an,⁷⁷⁸ noch dazu am selben Tag wie diejenige zu Polen. Malta zählt damit zu einer Gruppe von bislang drei Mitgliedstaaten (der dritte ist Rumänien),⁷⁷⁹ zu welchen das Parlament eine derart bedeutende Entschließung angenommen hat.

Gleichwohl zeigt die Durchsicht dieser Entschließung und insbesondere auch diejenige eines 2018 ergangenen Gutachtens der Venedig-Kommission bislang kein Bild einer verfestigten, systemisch relevanten Rechtsstaatlichkeitskrise in Malta. Es ergibt sich vielmehr der Eindruck einer durchaus in bestimmten Bereichen des öffentlichen Lebens defizitären Verwaltung und Regierung, inklusive bestimmter schwerwiegender Dysfunktionen an zentraler Stelle, denen allerdings durch gezielte Gegenreaktionen in diesen Bereichen begegnet werden kann. Darüber stellen sie weder einen genuin intrasystemischen noch aber intersystemischen Konflikt dar. Auch bestehen keine weiteren Spillover-Effekte besonderer Fallzahl, Schwere oder Dauer, wie sie für den Begriff des systemischen Defizits zuvor als erforderlich angesehen worden ist.

Diese Einschätzung findet Material zunächst bei der Durchsicht der Entschließung des Europäischen Parlaments.

Auslöser für den politischen Mehrheitskonsens im Europäischen Parlament, eine Mahnung an Malta in Form der Entschließung und spezifisch

inner structures, functioning and financing of political parties and their participation in elections of Malta vom 14.10.2014; 2. CDL-AD(2018)014, Opinion No. 920/2018, Malta - Opinion on the draft act amending the Constitution, on the draft act on the human rights and equality commission, and on the draft act on equality vom 23.06.2018; 3. CDL-AD(2018)028, Opinion no. 940/2018, Malta - Opinion on Constitutional arrangements and separation of powers and the independence of the judiciary and law enforcement vom 17.12.2018.

778 P8_TA(2017)0438, Rechtsstaatlichkeit in Malta, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. November 2017 zur Rechtsstaatlichkeit in Malta (2017/2935(RSP)); Kurzürsische Würdigung in der Literatur etwa bei Gabriel N. Toggenburg, „Menschenrechtspolitik“, in: Werner Weidenfeld & Wolfgang Wessels (Hrsg.), Jahrbuch der Europäischen Integration 2018, Nomos, Baden-Baden, 2018, S. 229-234, S. 233-234.

779 Europäisches Parlament, P8_TA(2018)0446, Rechtsstaatlichkeit in Rumänien, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 13. November 2018 zur Rechtsstaatlichkeit in Rumänien (2018/2844(RSP)).

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

zur Rechtsstaatlichkeit auf den Weg zu bringen, ist ausweislich der Erwägungsgründe ein konkreter Einzelfall betreffend eine einzelne natürliche Person: die Ermordung der investigativ zu Fragen der Korruption arbeitenden Journalistin *Daphne Caruana Galizia* 2017 durch eine Autobombe.⁷⁸⁰

Das Parlament identifiziert in der weiteren Folge 9 Vorgänge, die in Malta rechtlich bedenklich sind:

- die Beschaffenheit der Medienlandschaft⁷⁸¹
- die Beziehung politischer Amtsträger zu den Medien⁷⁸²
- den Umgang mit Geldwäsche durch bestimmte Banken und die Bankeaufsicht⁷⁸³
- die mutmaßliche Anfälligkeit von Amtsträgern für Korruption und Geldwäsche und Reaktionen hierauf⁷⁸⁴ sowie sektorale Anfälligkeit bestimmter Wirtschaftsbereiche für Geldwäsche⁷⁸⁵
- den Umgang mit und Schutz von Hinweisgebern („whistleblowers“), die durch eigene Kenntnis Missstände wie Korruption von Amtsträgern aufdecken⁷⁸⁶
- die Auswahl und Ernennung maltesischer Richter und Polizeibeamter⁷⁸⁷

780 Europäisches Parlament, P8_TA(2017)0438 Rechtsstaatlichkeit in Malta, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. November 2017 zur Rechtsstaatlichkeit in Malta (2017/2935(RSP)) (2018/C 356/04), ABl. (EU) C 356/29 vom 04.10.2018, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. November 2017 zur Rechtsstaatlichkeit in Malta (2017/2935(RSP)), Erwägungsgründe E, J, K, M, 1-4. Das Parlament fordert im Hinblick auf den Mord an Daphne Caruana Galizia daher, Erwägungsgrund 4, von der Konferenz der Präsidenten, dem Gremium des EP-Präsidiums und der Fraktionsvorsitzenden, einen nach ihr benannten Preis für Journalisten auszuloben.

781 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. November 2017 zur Rechtsstaatlichkeit in Malta (2017/2935(RSP)), Erwägungsgründe G, L, 5.

782 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. November 2017 zur Rechtsstaatlichkeit in Malta (2017/2935(RSP)), Erwägungsgründe G, H, I, J, K, L, P.

783 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. November 2017 zur Rechtsstaatlichkeit in Malta (2017/2935(RSP)), Erwägungsgründe L, T und V.

784 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. November 2017 zur Rechtsstaatlichkeit in Malta (2017/2935(RSP)), Erwägungsgründe S, U, Z.

785 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. November 2017 zur Rechtsstaatlichkeit in Malta (2017/2935(RSP)), Erwägungsgrund AA.

786 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. November 2017 zur Rechtsstaatlichkeit in Malta (2017/2935(RSP)), Erwägungsgrund M und N.

787 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. November 2017 zur Rechtsstaatlichkeit in Malta (2017/2935(RSP)), Erwägungsgrund O.

- die Fähigkeit und den Strafverfolgungswillen dieser Stellen einschließlich der Weigerung Maltas, der europäischen Staatsanwaltschaft beizutreten, insbesondere beim Umgang mit Geldwäsche, Korruption und dem Umgang mit verfügbarem Material wie etwa den sog. „Panama Papers“, im Internet durchgestochenen Nachweisen über Offshore-Konten und Geldwäsche⁷⁸⁸
- den „Verkauf“ der maltesischen Staatsbürgerschaft ohne Auflagen oder Veröffentlichung der Identität der Eingebürgerten.⁷⁸⁹

Das Parlament verknüpft diese Vorgänge miteinander, weil sie Reaktionen auf die journalistische Tätigkeit der ermordeten Journalistin waren oder durch sie selbst aufgedeckt wurden. Teils, wie im Fall der sog. „Panama-Papers“ bzw. der Thematik des Verkaufs der Staatsbürgerschaft, dient der Fall der Ermordung Galizias zum Anlass, weitere Missstände aus Sicht des Parlaments zu benennen.

Es bietet sich an, die vom Europäischen Parlament identifizierten Topoi zusammen zu betrachten. Dann ist Malta allenfalls Exemplar eines Mitgliedstaats, in welchem für den Betrachter in hohem Maße eine verstärkte Unsicherheit über die wirkliche Intention und Rechtstreue von Entscheidungsträgern und Interessengruppen besteht, die vorrangig von strafrechtlicher Relevanz in diesem Mitgliedstaat selbst sein könnten bzw. ein solcher Mitgliedstaat, in welchem sektorale Fehlleistungen in der Leistungsverwaltung, insbesondere der öffentlichen Daseinsvorsorge, bestehen. Es fehlt aber der Nachweis einer unmittelbaren Auswirkung auf die Rechtsstaatlichkeit insbesondere dergestalt, dass die maltesische Aufarbeitung nicht willens oder nicht in der Lage wäre, sich der Problematik anzunehmen. Die vom Parlament gerügten Fehlentwicklungen betreffen sowohl die Ausermittlung der Fälle als auch die konsequente Strafverfolgung bei unsicherer Beweislage. Der Umgang mit derartigem „bösen Anschein“ ist für die rechtliche Ahndung aus strafrechtlicher Sicht, insbesondere bei Straftaten im Amt, ein schwieriges Problem für viele Rechtsordnungen.⁷⁹⁰ Es handelt sich aber um ein Problem von vorrangigem Interesse allein für mitgliedstaatliche Stellen, d.h. die maltesische Justiz und Verwaltung.

788 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. November 2017 zur Rechtsstaatlichkeit in Malta (2017/2935(RSP)), Erwägungsgrund Q.

789 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. November 2017 zur Rechtsstaatlichkeit in Malta (2017/2935(RSP)), Erwägungsgrund, W, X, Y, Z.

790 Exemplarisch für das deutsche Strafrecht zum „bösen Anschein der Käuflichkeit“ als dogmatischem Novum bei § 331 StGB grundlegend BGH, Urteil vom 2. 2. 2005 - 5 StR 168/04 = NStZ 2005, 334.

Der damit geschilderte Typus staatlicher Fehlleistungen wird entweder dann zu einem Beispielsfall der Rechtsstaatlichkeitskrise, wenn die Unsicherheit des Betrachters in den Befund konkret nachweisbaren Vorsatzes von Entscheidungsträgern der Gouvernante oder anderer oberster Staatsorgane oder Behörden umschlägt und diese nicht nur im Einzelfall strafrechtlich erheblich sind, sondern erhebliche Auswirkungen auf den Zustand des mitgliedstaatlichen Rechtssystems insgesamt haben. Oder aber eine Bezugnahme auf das Rechtsstaatsprinzip scheint gerechtfertigt, wenn die Missstände nicht durch Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren des Mitgliedstaates selbst zu einem befriedigenden Abschluss gebracht werden können, d.h. die maltesischen Verfassungsorgane, die Verwaltung oder Justiz überfordert wären und damit ein Fall mitgliedstaatlicher Schwäche vorläge. Nach derzeitigem Entwicklungsstand, so wie das Parlament ihn schildert, ist das aber in Malta nicht der Fall.

Die ergänzende Begutachtung seitens der Venedig-Kommission ein Jahr später⁷⁹¹ stützt dieses Bild. Das Gutachten bescheinigt Malta in zahlreichen Punkten deutliche Schwächen in Verwaltung und Staatsaufbau, wobei vorrangig das politische System Großbritanniens, aus dem Malta viele Merkmale abgeleitet hat, als Vergleich dient. So bemängelt die Venedig-Kommission u.a., dass im maltesischen Strafverfolgungssystem in vielen Fällen eine parallele Zuständigkeit der Polizei und der Staatsanwaltschaft bzw. vorrangige Zuständigkeit der Polizei besteht,⁷⁹² dass aufgrund der traditionell nicht als Diät sondern als Teilgehalt ausgestalteten Zahlungen an Parlamentarier und ihrer weiteren Berufstätigkeit Interessenkonflikte bestehen können,⁷⁹³ dass eine Stärkung des Präsidenten und des Ombudsmanns im Hinblick auf die Befugnisse des Ministerpräsidenten erforderlich sei, da die Kabinettsregierung britischen Stils einer „Premierministerregierung“ gewichen sei, in welcher dieser zu viel Einfluss habe,⁷⁹⁴ und

791 Venedig-Kommission, CDL-AD(2018)028, Opinion no. 940/2018, Malta - Opinion on Constitutional arrangements and separation of powers and the independence of the judiciary and law enforcement vom 17.12.2018.

792 Venedig-Kommission, CDL-AD(2018)028, Opinion no. 940/2018, Malta - Opinion on Constitutional arrangements and separation of powers and the independence of the judiciary and law enforcement vom 17.12.2018, Rn. 54 ff.

793 Venedig-Kommission, CDL-AD(2018)028, Opinion no. 940/2018, Malta - Opinion on Constitutional arrangements and separation of powers and the independence of the judiciary and law enforcement vom 17.12.2018, Rn. 21.

794 Venedig-Kommission, CDL-AD(2018)028, Opinion no. 940/2018, Malta - Opinion on Constitutional arrangements and separation of powers and the independence of the judiciary and law enforcement vom 17.12.2018, Rn. 111 ff., sehr beachtlich dort die Fn. 78.

dass bestimmte Ernennungen von Beamten nicht mehr in seinem Ermessen stehen dürfe.⁷⁹⁵ Diese Beobachtungen lassen durchaus auf einen direkten Handlungsbedarf schließen. Aber die Venedig-Kommission zeigt regelmäßig auch, dass diese Diskrepanzen seit langem bestehen, dass sie aus häufig kurzichtiger legislativer Neuordnung der maltesischen Rechtslage nach der Unabhängigkeit von Großbritannien bei mangelnder späterer Reform herühren und durchaus weiter von der britischen Rechtstradition geprägt seien.⁷⁹⁶ Sie weist keine Fälle nach, in denen aufgrund der bestehenden Rechtslage Missstände sich auch akut und systemisch realisiert haben. Am deutlichsten wird das ausgerechnet mit Blick auf die Frage der Richterernennung. Hier ist die Kritik der Venedig-Kommission sehr deutlich: Die zu große Beteiligung der Legislative sei nicht vereinbar mit europäischen Standards. Aber im Unterschied zu Polen stellt die Venedig-Kommission keine akute Realisierung von Einflussnahmen fest: „The Venice Commission wishes to clarify that it has no principled objections against the current members of the JAC. Ensuring a more balanced composition could also be achieved by adding judicial nominees to the JAC.“⁷⁹⁷

Der zentrale Unterschied, gerade zu Polen und Ungarn, scheint mir daher im Hinblick auf diese Beobachtungen das zwar latente Konflikt- und Eskalationspotential dieser Schwächen in Malta zu sein, ohne dass sich dieses Potential bislang aber konkretisiert oder auf das gesamte System ausgewirkt hat. Sofern schwere Straftaten im Raum stehen, ist vorrangig zunächst abzuwarten, ob und wie sich die mitgliedstaatlichen Strafverfolgungsbehörden der Fälle annehmen, bevor unmittelbar eine systemische Qualität der Taten bejaht wird. Es gilt insbesondere zu vermeiden, aufgrund der bloßen Prominenz dieser Fälle allein bereits auf eine Systemrelevanz zu schließen. So sind weder die Kommission noch im Übrigen

795 Venedig-Kommission, CDL-AD(2018)028, Opinion no. 940/2018, Malta - Opinion on Constitutional arrangements and separation of powers and the independence of the judiciary and law enforcement vom 17.12.2018, Rn. 115 ff. für sog. „Permanent Secretaries“.

796 Venedig-Kommission, CDL-AD(2018)028, Opinion no. 940/2018, Malta - Opinion on Constitutional arrangements and separation of powers and the independence of the judiciary and law enforcement vom 17.12.2018, Rn. 54 ff. etwa im Hinblick auch auf die in Großbritannien traditionell starken Polizeirechte, Rn. 58 im Hinblick auf die prominente Rolle des Generalstaatsanwalts, Rn. 143 im Hinblick auf Reformen in der Gerichtsbarkeit.

797 CDL-AD(2018)028, Opinion no. 940/2018, Malta - Opinion on Constitutional arrangements and separation of powers and the independence of the judiciary and law enforcement vom 17.12.2018, Rn. 42, zuvor ab Rn. 30.

der EuGH bei ihrer Würdigung systemischer Probleme in Mitgliedstaaten verfahren, stets wurden die konkreten Einzelfälle des Falls kontextualisiert. Eine solche „Hochzonung“ ist, z.B. im Fall der ermordeten Daphne Caruana Galizia, bislang nicht geboten.

Hier nicht berücksichtigt wird schließlich die gerade seitens des Europäischen Parlaments erwähnte Problematik des „Verkaufs“ von Pässen an Drittstaatsangehörige in Malta; gemeint ist damit die Verleihung der Staatsbürgerschaft oder dauerhafter Aufenthaltsgenehmigungen gegen die Leistung von Geldzahlungen in diversen Formen, z.B. durch Zuwendungen an den Staatshaushalt oder den Erwerb von Immobilien. Dieser Vorgang, und überhaupt die Berücksichtigung der persönlichen Finanzlage bei der Einbürgerung, ist in der Literatur auch als *ius pecuniae* bezeichnet worden,⁷⁹⁸ führt aber letztendlich zu gänzlich anderen Fragen als den hier im Vordergrund stehenden, nämlich insbesondere zur Frage der autonomen Ausgestaltung der nationalen Staatsbürgerschaft angesichts der mit ihr korrespondierenden Vorteile und Verpflichtungen aufgrund der damit einhergehenden Unionsbürgerschaft und der materiell-rechtlichen Zulässigkeit des Pass- und Visa-„Verkaufs“ im Hinblick auf sie.⁷⁹⁹

-
- 798 Joachim Stern, „Ius Pecuniae – Staatsbürgerschaft zwischen ausreichendem Lebensunterhalt, Mindestsicherung und Menschenwürde“, in: Julia Dahlvik, Heinz Fassmann & Wiebke Sievers (Hrsg.), *Migration und Integration – wissenschaftliche Perspektiven aus Österreich*. Jahrbuch 1/2011, Vienna University Press, Wien, 2011, S. 55-74, dort aber nicht zum hier bezeichneten Problem sondern den allgemeinen Anforderungen an Vermögensverhältnisse vor der Einbürgerung in Österreich; weiter, speziell zum hier bezeichneten Problem Jelena Dzankic, „The Pros And Cons Of Ius Pecuniae: Investor Citizenship In Comparative Perspective“, in: *EUI Working Papers RSCAS 2012/14*, European University Institute, Florenz, 2012.
- 799 Zum Überblick Claus Hecking, „Pässe für Millionen“, *Die Zeit* vom 13.05.2015; Sergio Carrera Núñez, „How much does EU citizenship cost? The Maltese citizenship-for-sale affair: A breakthrough for sincere cooperation in citizenship of the union?“, in: Sergio Carrera Núñez & Gerard-René de Groot (Hrsg.), *European Citizenship at the Crossroads: The Role of the European Union on Loss and Acquisition of Nationality*, Oisterwijk, WLP, 2014, S. 293-326. Konziser Überblick über den Streitstand zur Vereinbarkeit dieser Fragen mit dem Unionsrecht bei Christoph Schönberger, Art. 20 EUV, in: Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf & Martin Nettesheim (Begr./Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, C.H. Beck, München, 68. EL Dezember 2019, Rn. 46-47. Eine konträr entgegengesetzte, sehr bedenkliche und jedenfalls aktuell nicht vorzugswürdige Ansicht vertritt Dmitry Kochenov, „Case C-135/08, Janko Rottmann v. Freistaat Bayern, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2 March 2010“, in: *Common Market Law Review* 47 (2010), S. 1831-1846, insb. S. 1838-1839, wo-

VI. Zum Umgang mit Beobachtungen zu Krisen in weiteren Mitgliedstaaten

Nach alledem erscheint es mir gerechtfertigt, im Hinblick auf die zum Abschluss des Manuskripts verfügbaren Informationen, Malta nicht in den Kreis derjenigen Mitgliedstaaten aufzunehmen, denen vonseiten der Praxis und der Rechtswissenschaft der Vorwurf eines systemischen Defizits an Rechtsstaatlichkeit zu machen ist. Damit sollen die seitens des Europäischen Parlaments erhobenen Vorwürfe nicht relativiert werden, aber zu dem hier interessierenden Problem passen sie nicht.

VI. Zum Umgang mit Beobachtungen zu Krisen in weiteren Mitgliedstaaten

1. Keine Trivialisierung des Vorwurfs, keine Ubiquität der Rechtsstaatlichkeitskrise

Als letztem Abschnitt dieses Teils ist zu einer Gruppe von Mitgliedstaaten Stellung zu nehmen, für welche unterschiedliche Stimmen in der Literatur, aber auch in der europäischen Politik, also z.B. durch Abgeordnete des Europäischen Parlaments oder nationaler Politiker im Wesentlichen der Vorwurf erhoben worden ist, auch dort liege ein systemisches Defizit an Rechtsstaatlichkeit vor, ohne dass nach vernünftiger Würdigung ein solches bestätigt werden kann. Eine Unterscheidung zwischen staatlicher Schwäche und Vorsatz ist dabei dort nicht gemacht worden, aber im Wesentlichen lauten die Vorwürfe auf eben jene vorsätzliche Unterwanderung durch staatliche Stellen.

Diese Fälle hier darzustellen ist keine rein akademische Übung. Zum einen entwickeln derartige Vorwürfe in der Praxis eine beträchtliche Irritation. Sie verlangen, was speziell die Tätigkeit von Unionsorganen betrifft, seitens der zuständigen Dienststellen der Europäischen Kommission zumindest eine Prüfung auf Schlüssigkeit der Vorwürfe. Umgekehrt wäre es der Kommission potentiell zum Vorwurf zu machen, wenn sie im Rahmen ihres Aufsichtsmandats nach Art. 17 Abs. 1 EUV einen relevanten Vorgang übersähe. Dabei tritt teils die aufwendige Sichtung von Material allenfalls marginal im Ausland gesprochener Sprachen erschwerend hinzu. Doch auch für die Rechtswissenschaft steht viel auf dem Spiel. Der öffentlich erhobene Vorwurf, ein Mitgliedstaat der Europäischen Union hintergehe auf systemische Weise ein Grundprinzip der Verträge, ist höchst schwerwiegend und darf niemals leichtfertig erhoben werden, sondern

nach das Unionsrecht de facto das nationale Staatsbürgerschaftsrecht überlagert habe.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

muss stets auf einer belastbaren empirischen Grundlage aufbauen. Dies zu vernachlässigen, droht nicht nur einer Ubiquität der Rechtsstaatlichkeitskrise in der Union das Wort zu reden, sondern auch, denjenigen Munition zu liefern, die die gegen sie zurecht erhobenen Vorwürfe mit einem „*tu quoque*“- Argument zu erwidern versuchen.

Es gilt daher, exemplarisch einige Überlegungen zu entwickeln, wie mit derartigen Fällen umzugehen ist. Vorsicht ist ebenso geboten, wie die Notwendigkeit, sich nicht in Details zu verlieren, sondern präzise und bündig zu einem Ergebnis zu gelangen. Nicht jeder Vorgang in den nachfolgend genannten Mitgliedstaaten, der in den vergangenen Jahren durch die europäische und internationale Presse gegangen ist, muss dabei Berücksichtigung finden. Aus diesem Grund etwa nehme ich nicht Stellung zur Kontroverse in der Slowakei um die Ermordung des Journalisten Ján Kuciak, in deren Folge dort eine schwere politische Krise mit direktem Einfluss auf die Regierungsbildung zu beobachten war, womit gewisse Parallelen zum zuvor im Hinblick auf Malta erörterten Fall der dort ermordeten Journalistin Daphne Caruana Galizia bestehen. Es fehlt diesem Vorfall, ungeachtet der Tragik, bislang insbesondere an hinreichender Schwere und schlicht an auf das slowakische Rechtssystem bezogenen Konfliktwirkung, um hierzu von einer Instanz eines systemischen Versagens der slowakischen Stellen auszugehen.

Im Folgenden soll ein Überblick über weitere Vorgänge gegeben werden, die in Praxis und Wissenschaft Interesse erregt haben oder die dort aus eigenem Anlass genauer verfolgt worden sind. Dazu zählen Vorgänge in *Spanien* und ein anderer als der zuvor benannte in der *Slowakei* insbesondere. Aus der Literatur tritt das Beispiel *Slowenien* hinzu.

2. Spanien und die katalanische Frage

Der mutmaßlich prominenteste Fall, für den im Rahmen der Rechtsstaatlichkeitskrise eine Äquivalenz der dortigen Vorgänge zu jenen gerade in Polen und Ungarn behauptet wurde, ist Spanien. Die dortige *katalanische Frage*, d.h. die Frage einer möglichen Unabhängigkeit oder jedenfalls größeren Autonomie der autonomen Gemeinschaft Kataloniens, ist inzwischen wiederholt auch für den ausländischen juristischen Leser aufbereitet worden.⁸⁰⁰

800 Sabrina Ragone, „Das Unabhängigkeitsreferendum in Katalonien“; Carmen Gonzalez, „The Catalan National Identity and Catalonia's Bid for Independence“

Die Debatte nahm eine hier relevante neue Wendung, als in Form eines „offenen Briefes“ die Abgeordnete des Europäischen Parlaments *Barbara Spinelli* (GUE-NGL/IT) in scharfem Ton die rechtliche Gleichsetzung der Entwicklung in Spanien mit derjenigen in Polen forderte. Die Verfasserin forderte die Europäische Kommission auf, den EU-Rahmen von 2014, der gegenüber Polen genutzt worden war, auch gegenüber Spanien zur Anwendung zu bringen,⁸⁰¹ dies u.a. aufgrund einer „systematischen Verletzung“ („systematic violation“) der Rechtsstaatlichkeit in Spanien und einer „miscarriage of justice“.⁸⁰² Die Verfasserin rügte die systemische Relevanz zahlreicher einzelner Sachverhalte in Spanien im Zusammenhang mit der Debatte um die Reform, darunter Verhaftungen, repressive Maßnahmen zur Unterbindung des angekündigten Referendums in Katalonien gegenüber diversen Gruppen, welche eine Einschränkung der Redefreiheit darstellten sowie die Festnahme von Amtsträgern. Insbesondere die Verhinderung des Referendums selbst wird als „systematic violation of the Rule of Law in Spain“⁸⁰³ angesehen und dem spanischen Verfassungsgericht durch Urteile, die die Verhinderung anordnen, selbst Verfassungsbruch vorgeworfen.⁸⁰⁴

Der Aufruf fand global dutzende Unterzeichner, darunter namhafte Wissenschaftler und Intellektuelle, wie Seyla Benhabib, Robert Menasse oder Philipp Pettit. Die Unterzeichner beanstandeten neben dem Verbot des Referendums selbst auch dessen robuste Durchsetzung, u.a. durch Festnahme prominenter katalanischer Politiker. Sie sehen hierin sowohl eine grundlegende Verletzung der Rechtsstaatlichkeit und gleichzeitig des Prinzips der liberalen Demokratie als auch einen Machtmissbrauch.⁸⁰⁵ Adressat des Aufrufs waren der Präsident der Europäischen Kommission, Jean-Claude Juncker, der Präsident des Europäischen Rates, Donald Tusk, und weiter der Erste Vizepräsident der Europäischen Kommission, Frans Timmermans. Die katalanische Regierung hat den dort gemachten Vorwurf später im Wesentlichen wiederholt und insbesondere vorgetragen,

dence“, in: Connecticut Journal of International Law 32 (2016), S. 115-145, insb. S. 129 ff.

801 Barbara Spinelli u.a., Open Letter to Commission President Juncker and European Council President Tusk cc. First Vice-President Frans Timmermans: Upholding The Rule Of Law In The European Union vom 03.11.17, S. 3.

802 Spinelli-Aufruf, S. 1 und 3.

803 Spinelli-Aufruf, S. 1.

804 Spinelli-Aufruf, S. 2.

805 Spinelli-Aufruf, S. 3 und 4.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

die spanische Zentralregierung „missbraucht“ die Justiz zur rechtswidrigen Verhinderung der Sezession Kataloniens.⁸⁰⁶

Angesichts dieser sehr pointierten Kritik, der beachtlichen Gruppe an Unterzeichnern und im Hinblick auf die Schwere der Vorwürfe steht hier die Frage im Raum, ob in Spanien ein schwerwiegendes, womöglich sogar ein systemisches Problem bei der Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien auszumachen ist, was hier nicht speziell an den Tatbestandsmerkmalen des EU-Rahmens, sondern wiederum anhand der in der Rechtswissenschaft erarbeiteten Merkmale eines systemischen Defizits an Rechtsstaatlichkeit zu klären wäre.

Die Entwicklung in Katalonien wirft drei Fragenkomplexe auf, von denen zwei von vornherein außerhalb des Zuschnitts dieser Studie liegen, da sie umfangreiche verfassungsrechtliche Arbeiten im spanischen nationalen Recht oder eine völkerrechtliche Begutachtung bedingen würden. Hierzu zählt zunächst die Frage einer *de lege lata* verfassungsrechtlichen Möglichkeit größerer Autonomie Kataloniens in Spanien oder der Unabhängigkeit Kataloniens von Spanien sowie, *de lege ferenda*, potentiell die Modifizierung der spanischen Verfassungsordnung hin zu einer z.B. genuin bundesstaatlichen Ordnung, die diese Entwicklungen begleiten kann.⁸⁰⁷ Der zweite Problemkomplex ist der einer möglichen Sezession Kataloniens von Spanien nach völkerrechtlichen Maßstäben, insbesondere ein mögliches „right to self-determination“ und einer sog. „privilegierten Sezession“ oder „remedial secession“.⁸⁰⁸

Von Interesse für diese Studie hingegen ist ein dritter Fragekomplex, ob nämlich die konkret im zeitlichen Umfeld und im sachlichen Zusammenhang mit dem katalanischen Referendum getroffenen Maßnahmen, insbesondere Urteile des spanischen Verfassungsgerichts und die Strafverfolgung des ehemaligen katalanischen Ministerpräsidenten, Carles Puigdemont, einen aus unionsrechtlicher Perspektive systemischen Verstoß gegen rechtsstaatliche Vorgaben für wahrscheinlich erscheinen lassen. Dafür ist hier vorrangig der oben entwickelte unionale Maßstab zu nutzen. Da die Aufarbeitung des Sachstands seitens Union und Europarat sehr viel

806 Generalitat de Catalunya, „Spain’s Misuse of the Judiciary as Regards Catalonia“, ohne Az. oder Datum.

807 Dazu etwa ausführlich Sabrina Ragone, „Das Unabhängigkeitsreferendum in Katalonien“, S. 342-348.

808 Hierzu Carmen Gonzalez, „The Catalan National Identity and Catalonia’s Bid for Independence“, S. 140-141; Anne Peters, „Populist International Law? The Suspended Independence and the Normative Value of the Referendum on Catalonia“, *EJIL Talk*, vom 12.10.2017, o.S.

fragmentarischer ist als namentlich im Hinblick auf Polen und Ungarn, müssen die Arbeiten von Rechtswissenschaftlern berücksichtigt werden, in denen sie für den ausländischen Leser die Lage aufbereitet haben.

Hiernach ist ein systemisches Defizit an Rechtsstaatlichkeit in Spanien zu verneinen.⁸⁰⁹ Es zeigt sich vielmehr, dass die beanstandeten Handlungen grundsätzlich der Durchsetzung spanischen Rechts gedient haben, wobei auf sehr robuste Vorgaben der spanischen Verfassung zurückgegriffen wurde, wie den Art. 155 der spanischen Verfassung und dass, sofern im Rahmen der hierzu getroffenen Maßnahmen eine Verletzung von Grundrechten gerügt wurde, es an den Beschwerden liegt, zunächst den Rechtsweg voll auszuschöpfen. Kritik an der inneren Beschaffenheit etwa der Justiz ist ernst zu nehmen, aber bislang nicht hinreichend substantiiert worden, um ihn mit derart schweren Defekten, wie in Polen oder Ungarn, gleichzusetzen.

Der Spinelli-Aufruf kritisierte, dass das spanische Verfassungsgericht das Abhalten des Referendums verboten habe und dadurch das Recht zur friedlichen Versammlung und die Redefreiheit verletzt habe. „Ohne in spanische Verfassungsstreitigkeiten oder spanisches [Strafrecht] eingreifen“ zu wollen sei es eine „rechtliche Farce“ (travesty of justice), dass das spanische Verfassungsgericht eine verfassungsrechtliche Norm durchsetze, indem es „Grundrechte verletze“.⁸¹⁰ Ein solcher Vorwurf ließe sich nur substantiiieren, wenn die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts in eklatanter Weise allgemeine Grundsätze der Rechtsprechung verletzt hätte oder sich das Verfassungsgericht eine Rolle angemaßt oder dieser verweigert hätte. Beides scheint bei Rückgriff auf Kenner der nationalen Rechtslage ausgeschlossen. *Sabrina Ragone* hat im Einzelnen nachgewiesen, wie umfassend und sorgfältig das spanische Verfassungsgericht sich den zahlreichen Fragen der Materie angenommen hat und dass das entscheidende Urteil einstimmig ergangen ist.⁸¹¹ Die derzeitige Lage ist damit ganz vorrangig in den inneren spanischen verfassungsrechtlichen Zusammenhang

809 Vgl. in diesem Sinne Armin von Bogdandy, „Tyrannie der Werte?“, S. 511, der als Faktoren „ein klares demokratisches Mandat, ein entwickeltes Nationalbewusstsein, das Instrument des Bundeszwangs“ nennt, auch bereits die Einschätzung bei Matthias Schmidt & Piotr Bogdanowicz, „The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis“, S. 1083.

810 Spinelli-Aufruf, S. 2.

811 *Sabrina Ragone*, „Das Unabhängigkeitsreferendum in Katalonien“, insb. S. 347-348.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

einer langen Unsicherheit über den Status Kataloniens einzubetten und nach seinen Maßstäben aufzulösen.⁸¹²

Dass man persönlich eine Auffassung des Gerichts nicht teilt, bedeutet nicht, dass darüber rechtsstaatliche Grundsätze verletzt worden wären. Auch im Hinblick auf die Rolle, die das Verfassungsgericht in der Krise einzunehmen hatte, ergeben sich bei Rückgriff auf die Literatur keine konkreten Anhaltspunkte für derartige Zweifel. Gemäß Art. 53 Abs. 2, 159 ff. der spanischen Verfassung ist allein das Verfassungsgericht als Verfassungsorgan dazu berufen, über Grundrechtsverletzungen von Bürgern und staatsorganisationsrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden. Das spanische Verfassungsgericht war also nicht nur das richtige Forum, es ist gemäß der Verfassung das einzige richtige Forum zur Entscheidung der Frage, ob und wie Katalonien möglicherweise Unabhängigkeit von Spanien erlangen kann.

Es bestehen auch keine substantiierten Zweifel an der Unabhängigkeit der Richter am Verfassungsgericht, dessen Autonomie bei der Schaffung seines eigenen Organisationsrechts gut untersucht ist.⁸¹³ Die Venedig-Kommission, die sich jüngst nicht gänzlich unkritisch einer Reform der einfachrechtlichen Rechtsgrundlagen des spanischen Verfassungsgerichts angenommen hat, sah darüber keine Zweifel an der Integrität des Gerichts, vielmehr sah sie sogar seine Unabhängigkeit gestärkt.⁸¹⁴

Auch die Frage möglicher erheblicher Polizeigewalt seitens der spanischen Polizei im Umfeld des Referendums führt, jedenfalls aus der hier interessierenden Perspektive, nicht zu einer Änderung des Befundes. Sie ist gut dokumentiert.⁸¹⁵ Allerdings ist anzumerken, dass, wie in allen Rechtsordnungen, für die Betroffenen zunächst über die zuständigen Gerichte eine Aufarbeitung der Vorgänge anzustreben ist.

Das führt zum letzten Punkt in Bezug auf Spanien; der Frage nämlich, ob die ordentliche und unterinstanzliche Gerichtsbarkeit Gewähr für die Aufarbeitung der im Rahmen der katalanischen Unabhängigkeits-

812 Vgl. Sabrina Ragone, „Das Unabhängigkeitsreferendum in Katalonien“, S. 350.

813 Vgl. dazu Juan Luis Requejo Pagés, „§ 106 Das spanische Verfassungsgericht“, in: Armin von Bogdandy, Christoph Grabenwarter & Peter M. Huber (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum: Band VI: Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa*, C. F. Müller, Heidelberg, 2017, S. 639-704, Rn. 33 ff.

814 Venedig-Kommission, CDL-AD(2017)003, Opinion 827/2015, Spain - Opinion on the law of 16 October 2015 amending the Organic Law No. 2/1979 on the Constitutional Court vom 13.03.2017, vgl. insb. Rn. 77.

815 Etwa The Guardian, “Violence against Catalan voters: what we know so far”, vom 01.10.2017.

bewegung entstehenden und nicht dem Verfassungsgericht zufallenden Fragen bietet. Von spanischen Rechtswissenschaftlern ist dies, auch unter Hinweis auf das schlechte Abschneiden Spaniens in der Ausgabe 2019 des EU-Justizbarometers, bestritten worden.⁸¹⁶ Die Vorwürfe ähneln dabei überraschend denjenigen, die in Polen gegen die dortige Justiz erhoben werden. Die spanische Justiz sei stark politisiert, was sich an einzelnen Urteilen gerade des Obersten Gerichtshofs (*Tribunal Supremo*) zeige, nach wie vor seien Richter des Franco-Regimes im Amt und im Übrigen habe das Parlament ein zu starkes Mitbestimmungsrecht bei der Auswahl der Mitglieder des Justizrates und damit mittelbar über die Justiz.

Die Dokumentation zu diesem Punkt in der Rechtspraxis bleibt bislang dünn und meines Erachtens nicht ausreichend, um den Befund hinreichend zu untermauern. Im spanischen Parlament ist derzeit eine profunde Debatte über eine Änderung der Richterbestellung im Gange. Diese unterscheidet sich indes eindeutig von der Stoßrichtung, die mit scheinbar gleichgelagerten Debatten zuvor insbesondere in Polen angestrebt worden ist. In Spanien zielen die Bestrebungen darauf ab, die Autonomie der Richter durch Rücknahme der parlamentarischen Befugnisse im Justizrat zu stärken,⁸¹⁷ statt zu schwächen. Das spricht entscheidend dafür, den Ausgang dieser Debatte in Spanien abzuwarten und eine intra- oder inter-systemische Konfliktlage um die Beschaffenheit der Justiz in Spanien zu verneinen.

Damit aber muss der Vorwurf systemischer Defizite an Rechtsstaatlichkeit in Spanien entfallen.

3. Die Kontroverse um die Besetzung des Verfassungsgerichts in der Slowakei

Außerhalb der Grenzen der Slowakei meines Wissens nach wenig beachtet, dort aber durchaus eine genuine Verfassungskrise hervorgerufen, war eine Auseinandersetzung zwischen dem slowakischen Staatspräsidenten und dem slowakischen Verfassungsgericht über die Besetzung vakanter Richterstellen. Der Fall ist in mehrfacher Hinsicht besonders, denn zum

816 Joaquín Urias, „Spain has a Problem with its Judiciary“, Verfassungsblog vom 15.01.2020.

817 Dokumentation der jüngeren Entwicklungen bei Reyes Rincón, „El Gobierno descarta dejar la elección del Poder Judicial en manos de los jueces como piden PP y Ciudadanos“, El País vom 17.02.2020.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

einen ist meiner Kenntnis nach in seinem Zusammenhang nicht vorgetragen worden, es gebe systemische Probleme im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip, zum anderen hat sich der Fall erledigt. Gleichwohl will ich ihn hier erörtern, denn er zeigt, wie sehr Verfassungskrisen in ihrem Verlauf vom Wohlwollen der Beteiligten abhängen können und wie relativ einfach sie sich dann lösen lassen.

In der Slowakei kam es zwischen Verfassungsgericht und amtierendem Staatspräsidenten in den Jahren 2016 bis 2017 zu einem offenen Konflikt, sodass man von einer echten Verfassungskrise sprechen kann, die nicht nur geeignet schien, die Funktionsfähigkeit des Gerichts erheblich zu beeinträchtigen, sondern großes Potential hatte, im Verhältnis zu anderen Mitgliedstaaten zu einem „Spillover“ in Bezug auf die Funktionsfähigkeit der Justiz zu führen, wenn die slowakische Justiz aus der Perspektive anderer mitgliedstaatlicher Gerichte z.B. keine Gewähr für eine verfassungsgerichtliche Sicherung mehr geboten hätte. Sie kann auch als sog. „constitutional gridlock“ bezeichnet werden,⁸¹⁸ d.h. als Sachverhalt, in dem eine Streitschlichtung durch andere Organe, insbesondere das Verfassungsgericht, nicht möglich schien.

Außerhalb der Slowakei scheint diese Krise kaum beachtet worden zu sein, wohl einzig eine englischsprachige slowakische Tageszeitung⁸¹⁹ und der „I-CONnect“- Blog⁸²⁰ berichteten für den ausländischen Leser. Die Krise endete im Dezember 2017 mit der Ernennung von drei Kandidaten durch den slowakischen Staatspräsidenten. Obwohl sie damit zu einem

818 Zu diesem Begriff, bezogen aber vorrangig auf das Gesetzgebungsverfahren, Michael J. Gerhardt, „Why Gridlock Matters“, in: *Notre Dame Law Review* 88 (2013), S. 2107-2120.

819 Insb. *Slovak Spectator*, „Kiska again rejects Constitutional Court candidates“, vom 07.07.2016; *Slovak Spectator*, „President appoints missing Constitutional Court judges“, vom 14.12.2017; Der „Slovak Spectator“ ist eine von der slowakischen Zeitung SME betriebene Zeitung.

820 Simon Drugda, „Symposium on ‚The Slovak Constitutional Court Appointments Case‘ –Intermezzo to the Constitutional Conflict in Slovakia: A Case Critique“, I-CONnect Blog vom 24.01.2018; Tomáš Lalík, „Constitutional Court Crisis in Slovakia“; Kamil Baraník, „Symposium on ‚The Slovak Constitutional Court Appointments Case‘—Perplexities of the Appointment Process Resolved by Means of ‚Fire and Fury‘“, I-CONnect Blog vom 26.01.2018; Tomáš Lalík, „Symposium on ‚The Slovak Constitutional Court Appointments Case‘—Born is the King: The Day When Effective Judicial Review Arrived“, in: I-CONnect-Blog vom 27.01.2018, abrufbar unter: <http://www.iconnectblog.com/2018/01/symposium-slovak-appointments-case-lalik/>; jeweils ohne Seiten oder Rn.

für alle Beteiligten befriedigenden Abschluss gelangte, ist sie hier zwecks Einordnung kurz zu erörtern.

Die Slowakei verfügt, wie andere Mitgliedstaaten auch, über ein Verfassungsgericht. Die slowakische Verfassung macht über dieses in den Art. 124-140 recht ausführliche Angaben. Gem. Art. 134 Abs. 1 der Verf. besteht das Verfassungsgericht aus 13 Richtern, die für eine einzige Amtszeit von zwölf Jahren ernannt werden. Der Präsident der Republik beruft aus einer vom Nationalrat (Parlament) vorgeschlagenen Anzahl von Kandidaten neue Richter, wobei die Kandidatenliste die doppelte Anzahl der freien Stellen betragen muss, vgl. Art. 134 Abs. 2 S. 2 der Verfassung. Der in der Slowakei, wie in anderen ostmitteleuropäischen Mitgliedstaaten, bestehende Justizrat ist an der Auswahl der Kandidaten oder deren Ernennung nicht beteiligt. Die Verfassung äußert sich nicht darüber, ob dem Präsidenten bei der Ernennung der Richter ein Ermessen zukommt und, wenn ja, ob dieses ein formelles oder materielles Prüfungsrecht beinhaltet. In Bezug auf die Reichweite und Dichte dieses Prüfrechts des Staatspräsidenten, auch aus dem deutschen Verfassungsrecht als Streitstand bei der Verabschiedung von Gesetzen bekannt, kam es 2014 zu einer Krise betreffend die Besetzung vakanter Stellen.

Andrej Kiska wurde im Sommer 2014 als Kontrahent des derzeitigen Premierministers *Robert Fico* zum Staatspräsidenten gewählt.⁸²¹ Im Juni und Juli 2014 schieden drei Verfassungsrichter aus dem Gericht aus und der zum 15. Juni 2014 scheidende Staatspräsident *Ivan Gasparovic* sah davon ab, die Stellen vor dem Ende seiner Amtszeit neu zu besetzen, obwohl die Venedig-Kommission, welche um ein Gutachten gebeten worden war, eine solche Besetzung für verfassungsrechtlich zulässig erachtet hatte.⁸²² Gasparovic wollte die Ernennung dem mit neuer politischer Legitimität versehenen Amtsnachfolger überlassen.

Nach seinem Amtsantritt wählte Kiska nicht aus den vom Nationalrat vorgeschlagenen sechs Kandidaten drei Kandidaten aus, sondern lehnte, bis auf eine Kandidatin, alle Kandidaten ab.

Zur Begründung der Ablehnung der übrigen fünf Kandidaten bemängelte Kiska gegenüber dem Parlament im Wesentlichen die fachliche Qualifikation der Kandidaten und berief sich im Hinblick auf sein mate-

821 Tomáš Lalík, „Constitutional Court Crisis in Slovakia“.

822 Tomáš Lalík, „Constitutional Court Crisis in Slovakia“; Venedig-Kommission, CDL-AD(2014)015, Opinion no. 772/2014, Opinion on the procedure for appointing judges to the Constitutional Court in times of the Presidential transition in the Slovak Republic vom 13.06.2014.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

rielles Prüfungsrecht der Kandidaten auf einen Präzedenzfall betreffend die Ablehnung eines Kandidaten für das Amt des Generalstaatsanwalts.⁸²³ Alle fünf abgelehnten Kandidaten strengten vor dem Verfassungsgericht Klagen gegen die Entscheidung des Präsidenten an und rügten eine Verletzung ihres verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf Wählbarkeit zum Gericht. Mit Urteil vom 17. März 2015⁸²⁴ gab der dritte Senat des Verfassungsgerichts den Klagen dreier Nominierter statt. Der vierte Senat, vor dem Klagen zweier weiterer Nominierter anhängig waren, schloss dieses Verfahren, als die Kläger ihre Kandidatur zurückzogen.

Präsident Kiska ignorierte das Urteil des dritten Senats im Rahmen einer politischen Kampagne und wandte sich an das Plenum des Verfassungsgerichts, da er der Auffassung war, dass das Verfassungsgericht in seinem Urteil rechtserheblich von dem vorher mündlich verhandelten Ergebnis und dem Präzedenzfall abgewichen war. Das Plenum des Verfassungsgerichts wies diesen Vortrag mit Urteil vom 28. Oktober 2015 zurück⁸²⁵ und erneuerte damit die Aufforderung, die vakanten Stellen zu besetzen. Der Präsident setzte es allerdings nicht um.

Dies führte zum Februar 2016 dazu, dass das Verfassungsgericht nur noch aus zehn statt 13 Richtern bestand. Auch ein erneuter Versuch im Februar 2016, nach den Wahlen zum Nationalrat die vakanten Stellen durch neue Kandidaten zu besetzen, scheiterte an der Weigerung Kiskas, die Kandidaten zu ernennen.⁸²⁶ Die Minderbesetzung des Gerichts hatte potentiell zur Folge, dass das Plenum des Gerichts nicht mehr entscheiden konnte. Auch auf die Senatsbildung ergaben sich Auswirkungen. Dies hätte unbestreitbar die Funktionsfähigkeit der slowakischen Justiz substantiell in Mitleidenschaft gezogen.

Allerdings nahm die Entwicklung schließlich einen anderen Ausgang, da sich der slowakische Präsident durchaus um Lösung bemüht zeigte und sich nach Stand der öffentlich gewordenen Meinungsäußerungen in

823 Slowakisches Verfassungsgericht, Urteil (Plenum) vom 28.10.2015, Az. ÚS 45/2015, Rn. I 10 ff. des Tatbestands, engl. Übersetzung durch die Venedig-Kommission zur Verfügung gestellt als Anlage CDL-REF(2017)013 zu Opinion No. 877/2017 vom 27.02.2017.

824 Tomáš Ľalík, „Constitutional Court Crisis in Slovakia“; Urteil des slowakischen Verfassungsgerichts vom 17. März 2015, Az. III. ÚS 571/2014 (nur in slowakischer Sprache).

825 Verfassungsgericht der Slowakischen Republik, Urteil (Plenum) vom 28.10.2015, Az. PL: ÚS 45/2015.

826 Slovak Spectator, „Kiska again rejects Constitutional Court candidates“, vom 7. Juli 2016.

einem echten Verfassungsorganstreit unter Wahrung der seinem Amt zustehenden Rechte wähnte. Auf Ersuchen Kiskas besuchte im Januar 2017 die Venedig-Kommission Pressburg und erstattete in der Sache ein zweites Gutachten im Anschluss an dasjenige aus dem Jahr 2014.⁸²⁷ Die Venedig-Kommission nahm dabei unmittelbar zur Lage in der Slowakei nicht Stellung, zeigt sich aber unter Verweis auf rechtsvergleichende Ergebnisse überzeugt, dass Kiska ein Prüfungsrecht in der Sache, d.h. nicht allein hinsichtlich der verfahrensrechtlich ordnungsgemäßen Wahl, sondern auch im Hinblick auf die fachliche Eignung der Kandidaten nicht zustünde.

Die Entwicklung endete im Dezember 2017, als Kiska nach nochmali- gem Beschluss des Verfassungsgerichts drei Richter der ursprünglichen Liste am 12. Dezember ernannte und am 13. Dezember vereidigte.⁸²⁸ Damit ist das Gericht wieder ordnungsgemäß besetzt.

Möglicherweise hat die Venedig-Kommission mit vorsichtigen Formulierungen in ihren Gutachten entscheidend zur Lösung der Krise beigetragen. Sie sprach zunächst dem Präsidenten ein prinzipiell weites Prüfrecht zu,⁸²⁹ stellte diesem dann aber die Kompetenz des Verfassungsgerichts gegenüber und hielt verklausuliert fest: „[I]t is the Constitutional Court which in the final run determines whether state organs have operated within the limits of the Constitution. This competence and duty of the Constitutional Court also applies to the President [...].”⁸³⁰ Offenbar, um den Präsident nicht in die Enge zu treiben und ihm eine gesichtswahrende Lösung zu ermöglichen, verweigerten sich die Gutachter aber einer konkreten Entscheidung. Sie deuteten dem slowakischen Präsidenten indes die aus ihrer Perspektive richtige Richtung an: „The Venice Commission has been asked to address disputed facts and to determine subtle issues of national procedure. The Commission cannot assume the role of a supranational ‚arbiter‘ or of a fourth instance; it can only provide its view from

827 Venedig-Kommission, CDL-AD(2017)001, Opinion No. 877/2017, Opinion on questions relating to the appointment of Judges of the Constitutional Court vom 13.03. 2017. Auf den Seiten 5-9 findet sich eine ausführliche Zeitleiste.

828 Vgl. den Beitrag des Slovak Spectator, „President appoints missing Constitutional Court judges“ vom 14.10.2017.

829 Venedig-Kommission, CDL-AD(2017)001, Opinion No. 877/2017, Opinion on questions relating to the appointment of Judges of the Constitutional Court vom 13.03. 2017, Rn. 59-62.

830 Venedig-Kommission, CDL-AD(2017)001, Opinion No. 877/2017, Opinion on questions relating to the appointment of Judges of the Constitutional Court vom 13.03. 2017, Rn. 63.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

a comparative and European perspective.⁸³¹ Staatspräsident Kiska scheint die Botschaft verstanden zu haben.

4. Slowenien

Bevor ich für dieses Kapitel zu Schlussbemerkungen komme, sei ein letzter Fall genannt, für den wiederum seitens der Literatur die Behauptung aufgestellt worden ist, dass die Entwicklung in diesem Mitgliedstaat Anlass sei, ihn gleich Polen und Ungarn in das Fallset der von systemischen Defiziten betroffenen Mitgliedstaaten aufzunehmen. Wie für Spanien ergibt sich, dass der Vorwurf nicht haltbar ist. Urheber dieses Vorwurfs ist indes, neben *Bojan Bugarič* und *Alenka Kuhelj*,⁸³² der slowenische Rechtswissenschaftler *Matej Avbelj*,⁸³³ ein an anderer Stelle⁸³⁴ ausgewiesener Kenner der Materie der unionalen Rechtsstaatlichkeitskrise. Im Wesentlichen werden zwei Punkte geltend gemacht. Avbelj u.a. haben vor kurzem den Vorwurf gegenüber Slowenien erneuert, wobei sie auf sehr beachtliche Weise slowenische Verfassungsgeschichte zugänglich machen.⁸³⁵

-
- 831 Venedig-Kommission, CDL-AD(2017)001, Opinion No. 877/2017, Opinion on questions relating to the appointment of Judges of the Constitutional Court vom 13.03. 2017, Rn. 64.
- 832 Bojan Bugarič & Alenka Kuhelj, „Slovenia in crisis: A tale of unfinished democratization in East-Central Europe“, in: Communist and Post-Communist Studies 48 (2015), S. 273-279; Bojan Bugarič, „A crisis of constitutional democracy in post-Communist Europe: „Lands in-between“ democracy and authoritarianism“, in: International Journal of Constitutional Law 13 (2015), S. 219-245, S. 221 f.
- 833 Matej Avbelj, „Failed Democracy: The Slovenian Patria Case – (Non)Law in Context“, SSRN-Working Paper, 2014; Matej Avbelj, „Will Slovenia join Hungary and Romania as examples of constitutional back-sliding?“ Verfassungsblog vom 14.06.2014; und Matej Avbelj, „Crises and Perspectives in building a European Nation - The Case of Slovenia“, in: Peter Jambrek (Hrsg.): Nation's Transitions - Social and Legal issues of Slovenia's Transitions 1945-2015, Tiskarna Januš/Graduate School of Government and European Studies, Brdo pri Kranju and European Faculty of Law, Kraj/Nova Gorica, 2015, S. 395-410.
- 834 Matej Avbelj, „Pluralism and Defiance in the EU“, in: Dimitry Kochenov & András Jakab (Hrsg.): The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance, Oxford University Press, Oxford, 2017, S. 44-61.
- 835 Matej Avbelj, Jernej Letnar & Justinek Gorazd, The Impact of European Institutions on the Rule of Law and Democracy: Slovenia and Beyond, Hart, Oxford, 2020, in Teilen scharf, vgl. etwa S. 32, „systemic deficiencies in the building blocks of the country's constitutional democracy“. In diesem Sinne weiter etwa S. 81, wonach die slowenischen Regierung sich nur rhetorisch zur Rechtsstaatlichkeit und Demokratie bekenne und in der Praxis hiervon weit abweiche.

Zum einen halten die genannten Autoren fest, dass sich aus dem Übergang Sloweniens als ehemals sozialistische jugoslawische Teilrepublik hin zu einem demokratischen Rechtsstaat ergebende Probleme nicht aufgearbeitet seien bzw. ihre Aufarbeitung verschleppt werde. Oder aber, sie erkennen in Vorgängen Rückschritte des slowenischen Rechtssystems im Vergleich zu einem erreichten Standard.

Dem Land wird dabei grundsätzlich attestiert, ein „Musterschüler“⁸³⁶ unter den neuen Mitgliedstaaten der Union zu sein. Material von Europarat und Europäischer Kommission bestätigen dies im Wesentlichen. Die letzte – und einzige – Stellungnahme der Venedig-Kommission stammt aus dem Jahr 2000, lange vor dem Beitritt Sloweniens zur Europäischen Union⁸³⁷ und betraf mit der Begutachtung der Wahlrechtsreform einen typischen Transitionsprozess einer ehemaligen Teilrepublik des früheren Jugoslawien. Im EU-Justizbarometer für das Jahr 2017 ist das Land weitgehend unauffällig. Es hat eine effiziente Gerichtsbarkeit⁸³⁸ und eine hohe Richterzahl.⁸³⁹

Im Länderbericht 2017 des Europäischen Semesters würdigt die Kommission zudem sowohl die öffentliche Verwaltung als auch das Justizsystem als in einem positiven Reformprozess begriffen, wenn auch merkliche Probleme bestehen.⁸⁴⁰ Dies betrifft nach Ansicht der Kommission vorrangig die Korruption und die hohe anhängige Fallzahl vor den Gerichten. Negativ ist auch die „wahrgenommene Unabhängigkeit“ der Richter in Slowenien, unter der von Unternehmen mitgeteilten Wahrnehmung

836 Bojan Bugarič & Alenka Kuhelj, „Slovenia in crisis: A tale of unfinished democratization in East-Central Europe“, S. 274.

837 Venedig-Kommission, CDL-INF(2000)013, Opinion on the constitutional amendments concerning legislative elections in the Republic of Slovenia vom 16.10.2000.

838 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-Justizbarometer 2019, COM(2019) 198 final vom 26.04.2019, Schaubilder 5, für alle Verfahrensarten steht Slowenien an 6. Stelle und damit unter den effizientesten Mitgliedstaaten.

839 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-Justizbarometer 2019, COM(2019) 198 final vom 26.04.2019, Schaubild 32: Slowenien liegt an 2. Stelle.

840 Europäische Kommission, Commission Staff Working Document, Country Report Slovenia 2017, SWD(2017) 89 final, vom 22.02.2017, S. 45 ff. Zum Länderbericht ausführlich unter E.VI.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

rangiert Slowenien im EU-Justizbarometer an drittletzter Stelle, die allgemeine Wahrnehmung ist nur wenig besser.⁸⁴¹ 2019 ist dies wiederholt worden.⁸⁴²

Es folgt daraus zwar durchaus der Rückschluss, dass das slowenische Rechtssystem nicht ohne Probleme dasteht, die Aussage Avbeljs u.a., wonach internationale Beobachter durchgehend der slowenischen Regierung oder voreingenommenen inländischen NGOs auf den Leim gingen und die Vorgänge in Slowenien „similar or worse“ zu denen in Polen und Ungarn seien, ist dadurch noch nicht substantiiert.⁸⁴³ Hierauf lässt sich der Befund eines systemischen Defizits an Rechtsstaatlichkeit also noch nicht stützen.

Es bestehen aber in der Literatur noch weitere Vorwürfe. Der erste betrifft die Verurteilung Sloweniens in mehreren Piloturteilsverfahren durch den EGMR.

Avbelj benennt hierfür⁸⁴⁴ vorrangig das Urteil *Lukenda ./ Slowenien*.⁸⁴⁵ Der Beschwerdeführer machte eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 6 Abs. 1 und 13 EMRK infolge überlangen Gerichtsverfahrens geltend. Die Entscheidung betraf die Durchsetzung von Schadensersatz- und Restitutionsansprüchen im Zuge eines Arbeitsunfalls. Der Straßburger Gerichtshof erkannte in der schleppenden gerichtlichen Durchsetzung der Ansprüche ein „systemisches Problem“ bei der zeitnahen Gewährung von Rechtsschutz, welches potentiell jede Person treffe, die im slowenischen Rechtssystem Schutz suche. Für dieses Rechtssystem wies der EGMR auch auf die hohen Fallzahlen von ca. 500 Fällen betreffend überlange Verfah-

-
- 841 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-Justizbarometer 2019, COM(2019) 198 final vom 26.04.2019, S. 55 und 56, Schaubilder 47 und 49.
- 842 Europäische Kommission, Commission Staff Working Document, Country Report Slovenia 2019, SWD(2019) 1023 final vom 27.02.2019, S. 41.
- 843 Matej Avbelj, Jernej Letnar & Justinek Gorazd, The Impact of European Institutions on the Rule of Law and Democracy, S. 85-86. Die Autoren führen zuvor selbst den Nachweis, dass der Menschenrechtsausschuss der UN ein differenzierteres Bild zeichnet.
- 844 Matej Avbelj, „Crises and Perspectives in building a European Nation - The Case Of Slovenia“, S. 406. Später erneuert, Matej Avbelj, Jernej Letnar, Jernej & Justinek Gorazd, The Impact of European Institutions on the Rule of Law and Democracy, S. 100 ff.
- 845 EGMR, Lukenda ./ Slowenien, Beschwerdenr. 23032/02, Urteil vom 06.10.2005.

ren hin.⁸⁴⁶ Für Avbelj ist das Urteil Anlass für eine drastische Feststellung: „This crisis is so deep that it would be more correct to speak only of the gradual emergence rather than of the existence of the rule of law in Slovenia. The country features a dysfunctional judiciary.”⁸⁴⁷

An dieser Stelle gelangt nun die Unterscheidung der Intention in der Rechtsprechung von EGMR bei der Identifizierung systemischer Probleme einerseits und die Entwicklung und Nutzung des Begriffs des systemischen Defizits für die Entwicklung in der Union andererseits zum Tragen, auf die ich eingehend⁸⁴⁸ hingewiesen hatte und die hier nochmals zu unterstreichen ist. Es ist in Erinnerung zu rufen, dass der EGMR der Rüge des überlangen Verfahrens in sehr unterschiedlichen Konstellationen stattgegeben hat. Dies macht die Feststellung, wonach jeder Fall, der mittels dieses Verfahrens einer Lösung zugeführt worden sei, einer fundamentalen Gefährdung der Rechtsstaatlichkeit entspreche, unmöglich. Verwiesen werden kann etwa auf den Fall *Rumpf* */. Deutschland*, für dessen Rechtssystem keinerlei Hinweise im Hinblick auf ein umfassendes Versagen unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten besteht.⁸⁴⁹ Im Fall *Greens* betreffend das Vereinigte Königreich⁸⁵⁰ nutzte der EGMR das Piloturteilsverfahren und die mit ihm einhergehende Begrifflichkeit für die in Großbritannien immer noch kontrovers diskutierte Frage um das Wahlrecht von Strafgefangenen. Dies ist keine mit der Versagung effektiven Rechtsschutzes in Verbindung zu bringende Frage, sondern vielmehr ein Problem des politischen Gestaltungsspielraums eines Konventionsstaats, welches im europäischen Rechtsraum sehr unterschiedlich beurteilt wird. Das zeigt sich nicht nur anhand der sehr lebhaften Debatte, die die EGMR-Rechtsprechung in Großbritannien ausgelöst hat, sondern etwa auch am Urteil des EuGH in der *Rs. Delvigne*,⁸⁵¹ in welchem der EuGH zu einem der EGMR-Rechtsprechung konträr entgegengesetzten Ergebnis gelangte. Die

846 EGMR, Lukenda */. Slowenien*, Beschwerdenr. 23032/02, Urteil vom 06.10.2005, Rn. 90-93, unter Verweis auch auf das vorgehende Urteil Bellinger */. Slowenien* vom 02.10.2001, Beschwerdenr. 42320/98.

847 Matej Avbelj, „Crises and Perspectives in building a European Nation - The Case Of Slovenia“, S. 406.

848 Vgl. unter B.IV.2.

849 EGMR, *Rumpf* */. Deutschland*, Beschwerdenr. 46344/06, Urteil vom 02.09.2010.

850 EGMR, *Greens* und M.T. */. Vereinigtes Königreich*, Beschwerdenr. 60041/08 und 60054/08, Urteil vom 23.11.2010.

851 EuGH, *Rs. C-650/13, Thierry Delvigne* */. Commune de Lesparre-Médoc, Préfet de la Gironde*, Urteil (GK) vom 06.10.2015, ECLI:EU:C:2015:648, , Rn. 49 und ff.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

durch Avbelj getroffene Aussage, wonach Slowenien ein Mitgliedstaat sei, der umfassende Mängel in seinem Rechtssystem aufweise, muss folglich auf eine belastbarere Grundlage als allein ein Urteil des EGMR zu einem systemischen Problem speziell aufgrund der Logik und des Telos des Konventionsrechtsschutzes gestützt werden. Hieran aber mangelt es; es ist bislang weder durch die EU noch durch Organe des Europarates entsprechendes vorgetragen worden.

Der zweite Sachverhaltskomplex betreffend Slowenien, den Avbelj als vermeintlichen Beweis für systemische Defekte der Rechtsstaatlichkeit in Slowenien ins Feld führt, ist die sog. „Patria-Affäre“. Hierunter wird die strafrechtliche Verurteilung des früheren, und zwischenzeitlich wiedergewählten, slowenischen Ministerpräsidenten Janez Janša verstanden.⁸⁵²

Ihm wurde ab 2008 Bestechlichkeit zugunsten des finnischen Rüstungsunternehmens Patria vorgeworfen, in deren Folge Janša die Beschaffung eines Truppentransporters gleichen Namens dieses Unternehmens für die slowenische Armee durchgesetzt haben soll. Janša verwahrte sich gegen die Anschuldigungen, welche in der nachfolgenden Wahl zum Amtsverlust führten, und legte gegen die strafgerichtlichen Entscheidungen zwischenzeitlich außerordentliche Beschwerde beim slowenischen Verfassungsgericht ein. Dieses verwarf die Beschwerde unter Verweis auf die hohen Tatbestandsanforderungen als nicht begründet. Avbelj meint,⁸⁵³ der Fall und die sich hierüber entwickelnde politische Kontroverse in Slowenien deute auf ein Versagen des slowenischen Justizsystems, insbesondere auf den politisch-motivierten Versuch gleich mehrerer Gerichte Sloweniens hin, einen politischen Widersacher in seinen Rechten zu beschneiden. Es drohe ein nicht tolerierbarer Grad an Verletzung des Fairnessprinzips, das Gerichtsverfahren sei im Wesentlichen von dem Ziel geprägt gewesen, eine Wiederwahl des Angeklagten zu verhindern, woraus sich Auswirkungen auf das gesamte politische System Sloweniens ergäben. Mehrfach nutzt Avbelj für dieses daher den Begriff der „failed democracy“ und in einem Fall den Begriff des „hijacked state“.⁸⁵⁴

Dem Beschwerdeführer war durch das Urteil und das Verbleiben in Haft ein persönlicher Wiederantritt bei der slowenischen Parlamentswahl

852 Ein kritisches Porträt von Janša zeichnet etwa Peter Münch, „Der Viktor Orbán der slowenischen Politik“, Süddeutsche Zeitung vom 28.02.2020.

853 Matej Avbelj, „Failed Democracy: The Slovenian Patria Case – (Non)Law in Context“, S. 7 ff.

854 Matej Avbelj, „Failed Democracy: The Slovenian Patria Case – (Non)Law in Context“, S. 1, 3, 21.

VII. Zusammenfassende Bemerkungen zu den dargestellten Topoi

verwehrt. Allerdings ist dies durch den ordnungsgemäßen Gang des Verfahrens bedingt gewesen. Janša blieben ungeachtet des für ihn nachteiligen Urteils alle ihm zustehenden Rechtsmittel zur weiteren Fortsetzung des Verfahrens. Im Dezember 2014 ordnete das Verfassungsgericht die Haftentlassung Janšas an.⁸⁵⁵ Zwischenzeitlich hat Janša die Parlamentswahl erneut gewonnen.

Es zeigt sich damit im Ergebnis, dass auch Slowenien – ungeachtet der teils sehr harten Kritik einiger slowenischer Rechtswissenschaftler – kein Fall der europäischen Rechtsstaatlichkeitskrise ist und anhand des dort präsentierten Materials keine substantiierten Beweise für den Vorwurf einer defizitären Nichtachtung rechtsstaatlicher Grundsätze bestehen. Ich möchte damit Avbeljs Kritik nicht pauschal relativieren, Mahnungen eines Beobachters aus dem Inneren eines nationalen Rechtssystems sind ernst zu nehmen. Weitere genannte Beispiele, wie die Nichtausführung von 14 Verfassungsgerichtsurteilen oder die Nichtöffentlichkeit bestimmter Gerichtssitzungen lassen aufhorchen.⁸⁵⁶ Es fehlt aber der Nachweis, wie genau diese sich im slowenischen Rechtssystem auswirken und insbesondere, dass sie systemischer Natur sind. Die hier angelegten Kriterien des intersystemischen Konflikts oder eines Selbsteintritts eines europäischen Akteurs haben sich nicht feststellen lassen.

VII. Zusammenfassende Bemerkungen zu den dargestellten Topoi

Der bisherige Teil dieser Arbeit diente dazu, dem Leser einen Überblick über die sehr verschiedenen Vorgänge in zahlreichen Mitgliedstaaten zu verschaffen, für welche in der Literatur und in der Praxis die Beobachtung gemacht worden ist, es handele sich um ein Beispiel eines systemischen Defizits an Rechtsstaatlichkeit. Anhand des zuvor identifizierten Subtyps der vorsätzlichen Unterwanderung der Rechtsstaatlichkeit habe ich die Auffassung vertreten, dass in Polen und Ungarn jedenfalls dieser Typus systemischer Defizite in je eigener, gleichwohl in beiden Fällen höchst besorgniserregenden Ausprägung, vorliegt. Ich habe auch die Lage in Rumänien, ungeachtet des für diesen Mitgliedstaat in der Praxis teils divergie-

855 Leos Rousek, „Ex-Slovenian Premier Janez Jansa Leaves Prison - Constitutional Court Issued Temporary Injunction on Prison Sentence”, Wall Street Journal vom 12.12.2014.

856 Matej Avbelj, Jernej Letnar, Jernej & Justinek Gorazd, The Impact of European Institutions on the Rule of Law and Democracy, S. 87 und S. 90.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

renden Befundes, dem Fallset zugeordnet. Andere Mitgliedstaaten, denen der Vorwurf „staatlicher Schwäche“ bei der Durchsetzung rechtsstaatlicher Grundsätze zu machen ist, habe ich aus dieser Betrachtung ausgenommen.

Im Anschluss daran habe ich mich Vorgängen in verschiedenen Mitgliedstaaten gewidmet, darunter Spanien, der Slowakei und Slowenien, für welche in der Literatur und Praxis der gleiche Vorwurf lautgeworden ist bzw., so im Falle der Slowakei, die in den vergangenen Jahren eine schwere und hier insbesondere auf die Justiz bezogene Verfassungskrise durchlaufen hat, ohne dass darüber aber der Befund eines systemischen Defizits an Rechtsstaatlichkeit zu substantiieren gewesen wäre.

Letzteres insbesondere lehrt Vorsicht und Bedacht beim Umgang mit dem vorgefundenen Material. Nicht jede Verfassungskrise in einem Mitgliedstaat der EU erfüllt die in der Rechtswissenschaft herausgearbeiteten Kriterien eines systemischen Defizits, noch würde sie die Tatbestandskriterien der nachfolgend darzustellenden Mechanismen erfüllen. Der Ton und die Vehemenz, mit der dieser Befund gleichwohl in der Rechtswissenschaft teils erhoben wird, ist daher umso erstaunlicher. Selbst die Europäische Kommission ist hiervor nicht gefeit geblieben. So war es niemand anderes als die damalige Justizkommissarin Viviane Reding, die 2013 den Gründungsmitgliedstaat Frankreich aufgrund des damaligen Vorgehens unter Staatspräsident Sarkozy gegen Angehörige der Volksgruppe der Roma in eine Linie insbesondere mit Ungarn stellte. Sie hielt fest, erforderlich sei „respect of the rule of law agreed upon by all Member States, including France“.⁸⁵⁷ Redings Kritik war dabei ausgesprochen scharf. Das gilt etwa für ihre – im Druckbild der Rede proklamatisch hervorgehobene – Feststellung, ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Frankreich sei unvermeidlich, was auch anderen Beobachtern auffiel.⁸⁵⁸ Aus heutiger Sicht ist Redings Befund unzutreffend und allenfalls damit zu rechtfertigen, dass die Kommission, wie die Wissenschaft, erst am Anfang eines langen Lernprozesses im Hinblick auf die Krise stand, wobei hier nicht behauptet werden soll, er sei bereits abgeschlossen. Frankreich stellte jedenfalls, wie

857 Viviane Reding, Vice-President of the European Commission responsible for Justice, Fundamental Rights and Citizenship: „Statement on the latest developments on the Roma situation“, Readout im Hebdomadaire der Kommission vom 14.09.2010, SPEECH/10/428, S. 3.

858 S. Robert Gould, „Roma rights and Roma expulsions in France: Official discourse and EU responses“, in: Critical Social Policy 35 (2014), S. 1-21, S. 8.

Reding bereits in ihrer Rede selbst ansprach,⁸⁵⁹ die vielfach kritisierte⁸⁶⁰ Praxis zeitnah wieder ein, und es ergaben sich niemals substantiierte Zweifel, dass insbesondere die französische Justiz unwillig oder unfähig gewesen wäre, sich der Lage anzunehmen. Insbesondere hob der französische *Conseil d'État* im Rahmen seiner etablierten Rechtsaktkontrolle eine sog. *circulaire* der französischen Regierung betreffend den Umgang mit der Minderheit auf.⁸⁶¹ *Armin von Bogdandy* und *Jochen von Bernstorff* etwa, die sich im Hinblick auf die Lage der Roma ebenso besorgt äußerten, stellten konsequentermaßen bei ihrer Dokumentation auf die Lage in anderen Mitgliedstaaten ab,⁸⁶² ohne, wie die Europäische Kommission dies getan hatte, Frankreich in den Vordergrund zu rücken.

Für beide hier geschilderten Mitgliedstaatsgruppen, solche, die „echte“ systemische Defizite an Rechtsstaatlichkeit, und gerade solchen des vorsätzlichen Typs, darstellen, wie auch bloß vermeintliche Beispiele, müssen Rechtswissenschaft und Praxis zunehmend schnell und bündig unterscheiden können, ohne den Überblick zu verlieren. Die Union hat sich damit weit von jenem Zustand entfernt, wie er noch im Rahmen der sog. Haider-Krise im Jahr 2000 bestand, als es möglich war, sich ausführlich und präzise einem einzelnen mitgliedstaatlichen Vorgang zu widmen, wie die frühen Arbeiten gerade zu Art. 7 EUV zeigen.⁸⁶³ Nicht nur in ihrem Zuschnitt auf betroffene Mitgliedstaaten, auch im Hinblick auf ihre Reichweite, verlangt die gegenwärtige Rechtsstaatlichkeitskrise dem Praktiker und dem Forscher eine systemische Sichtweise ab. Dem diente die hier mittels einer auf verschiedene Topoi abstellenden Darstellung anstelle einer systematischen Sichtung.

Damit aber will ich es nicht bewenden lassen. Die vorangegangenen Ausführungen bleiben vielmehr die notwendige empirische Grundlage,

859 Viviane Reding, Vice-President of the European Commission responsible for Justice, Fundamental Rights and Citizenship: „Statement on the latest developments on the Roma situation“, Readout im Hebdomadaire der Kommission vom 14.09.2010, SPEECH/10/428, S. 3.

860 Dokumentation etwa durch Matthew Saltmarsh, „Sarkozy Toughens on Illegal Roma“, New York Times vom 29.07.2010.

861 Vgl. Robert Gould, „Roma rights and Roma expulsions in France“, S. 9.

862 Armin von Bogdandy & Jochen von Bernstorff, „Die Europäische Agentur für Grundrechte in der europäischen Menschenrechtsarchitektur und ihre Fortentwicklung durch den Vertrag von Lissabon“, in: *Europarecht* 46 (2010), S. 141-164, S. 162, bei Fn. 100 mit umfassenden wN.

863 Vgl. nochmals Frank Schorkopf, Homogenität in der Europäischen Union; Frank Schorkopf, Die Maßnahmen der XIV EU-Mitgliedstaaten gegen Österreich.

C. Die Rechtsstaatlichkeitskrise in mitgliedstaatlichen Fällen

um sich nunmehr dem eigentlichen Forschungsanliegen dieser Arbeit zu widmen, nämlich der Frage, wie und mit welchen Mitteln die Europäische Union auf die ihre Mitgliedstaaten betreffende Krise reagiert hat.

In Teilen ist dies bereits angeklungen. Ich habe auch angesprochen, dass die Europäische Kommission – erstmals in der Geschichte der Union – gegenüber Polen das Verfahren, welches Art. 7 EUV den Unionsorganisationen bietet, in Form seines Absatzes 1 aufgrund einer „ernsthaften Gefährdung“ des Rechtsstaatsprinzips zur Anwendung gebracht hat. Gegenüber Ungarn, so ist weiter angeklungen, hat das Europäische Parlament gleichgezogen. Der Europäische Gerichtshof hat sich in mehreren Vertragsverletzungsverfahren einzelner Fragen der Krise angenommen. Und darüber hinaus hat die Kommission eine Reihe von Instrumenten, wie das vielfach zitierte sog. EU-Justizbarometer oder das Europäische Semester dazu genutzt, auf die Krise in noch anderer Form zu reagieren.